

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

LEONARDO HENRIQUE DE FIGUEIREDO TAVARES

**PRECEDENTES JUDICIAIS E A LINGUAGEM DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: A FUNÇÃO NOMOFILÁCICA E SEUS REFLEXOS NA
(IN)SEGURANÇA JURÍDICA**

**JOÃO PESSOA
2019**

LEONARDO HENRIQUE DE FIGUEIREDO TAVARES

**PRECEDENTES JUDICIAIS E A LINGUAGEM DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: A FUNÇÃO NOMOFILÁCICA E SEUS REFLEXOS NA
(IN)SEGURANÇA JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Delosmar Domingos de
Mendonça Júnior

**JOÃO PESSOA
2019**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

T231p Tavares, Leonardo Henrique de Figueiredo.

Precedentes Judiciais e a Linguagem do Novo Código de Processo Civil: a função nomofilática e seus reflexos na (in)segurança jurídica / Leonardo Henrique de Figueiredo Tavares. - João Pessoa, 2019.

75 f. : il.

Orientação: Delosmar Domingos de Mendonça Júnior Mendonça.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito Processual Civil. Precedentes Judiciais. I. Mendonça, Delosmar Domingos de Mendonça Júnior. II. Título.

UFPB/CCJ

LEONARDO HENRIQUE DE FIGUEIREDO TAVARES

**PRECEDENTES JUDICIAIS E A LINGUAGEM DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: A FUNÇÃO NOMOFILÁCICA E SEUS REFLEXOS NA
(IN)SEGURANÇA JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Delosmar Domingos de
Mendonça Júnior

DATA DA APROVAÇÃO: 17 de abril de 2019

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. DELOSMAR DOMINGOS DE MENDONÇA JÚNIOR
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. FÁBIO BEZERRA DOS SANTOS
(AVALIADOR)**

**Prof. Ms. WERTON MAGALHÃES COSTA
(AVALIADOR)**

***Ao curso de Direito da Universidade
Federal da Paraíba e à comunidade
acadêmica com a qual convivi ao longo
desses anos***

AGRADECIMENTOS

A Deus, que, na sua infinita bondade e misericórdia, me guiou até aqui, concedendo-me forças, paciência e resiliência para sobrepujar os desafios diários da graduação.

Aos meus pais, Simone e Leandro, que me deram o dom da vida e que me ensinaram, pelo exemplo, que o sucesso nada tem a ver com sorte, mas com determinação e trabalho.

À minha família, em especial aos meus tios Ana Carolina e Luiz Eduardo, minhas maiores referências na moral, no direito e na justiça, os quais me permitiram ter os primeiros contatos com o Direito, surgindo daí a minha fascinação pelo conhecimento jurídico.

À minha doce Bia, minha boneca de porcelana, que, desde o início do curso, sempre esteve ao meu lado, ensinando-me a, através do amor, ser uma pessoa melhor, oferecendo-me afago nos momentos tortuosos e celebrando comigo as vitórias. Com ela, tudo ficou muito mais fácil. A ela, portanto, toda a minha admiração e meu amor.

Aos meus amigos, Lucca, Davi, Arthur, Pedro, Gabriel e Márcio, com os quais, desde os tempos de colégio, sempre pude contar e sempre estiveram presentes, dividindo comigo as alegrias e as tristezas. Através deles, encontrei forças para temperar o choro nos dias de sofrimento e resiliência para superar os dissabores dos fracassos. A eles, meu carinho e consideração.

Ao ilustre Juiz Federal Dr. Bruno Teixeira de Paiva, com quem tive a honra de expandir os conhecimentos jurídicos ao longo do meu estágio na Justiça Federal na Paraíba. Bruno é uma sumidade do Direito, destes que admiramos logo numa primeira conversa. A ele, que tomo como exemplo para o meu futuro profissional, meu mais profundo respeito e admiração.

Ao brilhante e diligente Professor Delosmar Domingos de Mendonça Júnior que, sempre com muita seriedade e atenção, aceitou orientar-me na produção e desenvolvimento deste trabalho. Contar com a orientação do Professor Delosmar é uma honra e um privilégio que, sem dúvida alguma, enobrecem esta produção acadêmica.

E a todos aqueles que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

***"Viste um homem diligente em sua obra?
Perante reis será posto"***

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 conferiu ao precedente judicial um protagonismo que exige uma análise responsável acerca da sua atuação na aplicação e interpretação do Direito. Não obstante a envergadura do seu papel, doutrina e jurisprudência pouco se preocuparam em aprofundar os estudos em torno da função nomofilática – novidade legislativa expressa nos termos do art. 926 daquele digesto processual. O resultado disso são inúmeros problemas decorrentes do desvirtuamento ou não compreensão da função nomofilática. Jurisprudência lotérica, incoerências nas decisões e instabilidade jurisprudencial são graves consequências que infligem diretamente o princípio da segurança jurídica. Como a função nomofilática pode ser utilizada a favor da segurança jurídica? É nessa toada que o presente trabalho propõe compreender a linguagem através da qual o NCPC disciplina o precedente judicial para, por meio dela, identificar os problemas advindos de um raciocínio por precedentes que, atualmente, encontra-se totalmente dissociado de conceitos jusfilosóficos e hermenêuticos básicos. Nesse contexto, é fundamental promover um amplo e detalhado estudo acerca da função nomofilática, compreendendo sua evolução histórica, seu significado, suas características, suas dimensões e os vetores principiológicos da integridade, coerência e estabilidade que lhe compõem. Busca-se, com isso, combater leituras equivocadas que vêm sendo feitas em torno do art. 926, com o fito de, ao final, apontar caminhos e soluções para um raciocínio por precedentes que seja indutor de segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Hermenêutica jurídica. Argumentação jurídica. Precedente judicial. Função Nomofilática. Segurança jurídica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 FONTES DO DIREITO: UMA PRELIMINAR NECESSÁRIA	12
2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO	12
2.2 FONTES MATERIAIS	13
2.3 FONTES FORMAIS	14
2.4 O PRECEDENTE E A TEORIA DOGMÁTICA DAS FONTES DO DIREITO	15
2.4.1 O papel das tradições jurídicas romanística e anglo-saxônica	16
2.4.2 Que vem a (não) ser “precedente”?	18
2.4.3 O precedente enquanto fonte do direito	20
2.5 DIFERENCIAÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS	23
2.5.1 Precedente e jurisprudência	23
2.5.2 Precedente e ementa	24
2.5.3 Precedente e súmula	24
3 A DOUTRINA DO PRECEDENTE JUDICIAL À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	26
3.1 O NOVO CPC CRIOU UM “SISTEMA” DE PRECEDENTES?	26
3.2 ELEMENTOS DO PRECEDENTE	28
3.2.1 Fatos operativos	29
3.2.2 Ratio decidendi	30
3.2.3 Argumentação por princípios	31
3.3 PRECEDENTE JUDICIAL NO CPC DE 2015: UM NOVO MODELO DOGMÁTICO	32
3.3.1 O art. 927 e os “precedentes obrigatórios”: uma análise ortodoxa	32
3.3.2 O art. 926, §2º: a importância das circunstâncias fáticas na aplicação e formação dos precedentes	34
3.3.3 Microssistema de demandas repetitivas	35
4 A FUNÇÃO NOMOFILÁCICA	37
4.1 ESCORÇO HISTÓRICO	37
4.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	39
4.3 DIMENSÕES	40
4.3.1 Função nomofilácica em sentido vertical	40

4.3.2 Função nomofilática em sentido horizontal.....	41
4.4 PRINCÍPIOS.....	42
4.4.1 Dever de coerência	42
4.4.2 Dever de integridade	43
4.4.3 Dever de estabilidade	44
5 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO BASILAR DO DIREITO	45
5.1 CONCEITUAÇÃO.....	45
5.2 SEGURANÇA JURÍDICA: UM FENÔMENO MULTIFACETADO	46
5.2.1 Segurança jurídica como fato	47
5.2.2 Segurança jurídica como valor	47
5.2.3 Segurança jurídica como norma.....	48
5.3 INDICADORES DA SEGURANÇA JURÍDICA	48
5.3.1 Aspectos materiais	48
5.3.2 Aspectos objetivos	50
5.4 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL	52
6 REFLEXOS DA FUNÇÃO NOMOFILÁTICA NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA ..	54
6.1 PANORAMA ATUAL: O DUPLO DESVIRTUAMENTO.....	54
6.1.1 A desconsideração teleológica da função nomofilática no raciocínio por precedentes	55
6.1.2 Função nomofilática: passeaporte para um “neoexegetismo”?	57
6.2 COMPREENDENDO AS RAÍZES DO PROBLEMA	60
6.3 A FUNÇÃO NOMOFILÁTICA COMO INDUTORA DE SEGURANÇA JURÍDICA	62
6.3.1 Premissas teóricas preliminares para assentar uma solução para o problema	63
6.3.2 Propostas para o manejo correto da função nomofilática	65
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Desde que o Novo Código Processo Civil entrou em vigor, doutrina e jurisprudência parecem caminhar juntas numa defesa quase unânime de que o novo digesto processual inaugurou um sistema de súmulas e precedentes vinculantes. Segundo esse entendimento, a aplicação dos precedentes, depois que o direito brasileiro sofreu o que chamam de “*commonlização*”, passou a se dar mediante temas e teses pré-fixados, através de silogismos típicos do raciocínio positivista do século XIX.

Noutro dizer, essa postura teórica que vem se expandindo atualmente preconiza que o precedente vincule e obrigue não pela qualidade das suas razões, mas por força do argumento de autoridade que carrega consigo, buscando resolver os problemas interpretativos ínsitos ao raciocínio jurídico, a partir de uma cisão entre aqueles que teriam a função de interpretar o direito – atribuição que estaria a cargo dos tribunais superiores – e aqueles que teriam a função de aplicá-lo – papel dos juízes e tribunais ordinários. Todavia, essa proposta, além de um pujante erro hermenêutico, é completamente impossível do ponto de vista pragmático.

O que se quer dizer é que os precedentes não podem extrair força vinculante simplesmente por conta do argumento de autoridade a eles subjacente. Decerto, os precedentes podem vincular e obrigar, mas devem fazê-lo, primeiramente, por força da *estabilidade, integridade e coerência*.

Esses deveres de estabilidade, integridade e coerência são os vetores principiológicos que compõem a chamada *função nomofilática* – novidade legislativa consignada expressamente no artigo 926, *caput*, do CPC/15.

Mas o que vem a ser, ontologicamente, a função nomofilática? Qual sua origem histórica? Qual a sua importância para o raciocínio por precedentes balizado pela linguagem do novo CPC? Como a função nomofilática vem sendo enxergada atualmente pelos operadores do Direito e quais os reflexos dessa visão na segurança (ou na insegurança) jurídica?

São perguntas (ainda) sem respostas, porque, apesar da importância da função nomofilática na orientação do raciocínio por precedentes, em diversas pesquisas empreendidas, nas mais renomadas literaturas do Direito ou nos portais virtuais, não foi encontrado nenhum trabalho que tivesse por objeto a descrição e análise, de forma específica e objetiva, da função nomofilática.

Com efeito, os principais problemas tratados pela presente monografia envolvem, primeiramente, a percepção de uma crescente aplicação dos precedentes alijada de elementos jusfilosóficos e hermenêuticos básicos, bem como a carência de preocupação, por parte da doutrina e da jurisprudência, em tecer maiores considerações e pesquisas acerca do relevante papel da função nomofilática.

Dado o inegável protagonismo conferido aos precedentes judiciais pelo CPC/15, é salutar a confecção de um trabalho inovador que possa entregar à comunidade jurídico-acadêmica, com minudência e completude, uma detalhada exposição acerca da função nomofilática, sem fugir de enfrentar os problemas oriundos desse novo patamar em que se encontra o Direito Jurisprudencial brasileiro e, nesta toada, deduzir, propor e analisar soluções.

Isso posto, o presente trabalho objetiva compreender a linguagem que o novo CPC reservou à temática dos precedentes judiciais, com foco nos termos insculpidos no *caput* do art. 926 daquele digesto processual. Especificamente, procura-se identificar o papel exercido pelos precedentes na teoria dogmática das fontes do Direito; compreender o conceito de precedente, identificando os elementos tipológicos que devem ser utilizados para um adequado e eficiente raciocínio por súmulas e precedentes; destrinchar o sentido e o alcance do princípio da segurança jurídica e analisá-lo à luz da práxis precedentalista atual, na medida em que também se busca estabelecer parâmetros e soluções que permitam à função nomofilática firmar-se como importante instrumento indutor de segurança jurídica.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa. Utiliza-se, para tanto, o método dedutivo. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, a pesquisa é bibliográfica, elaborada a partir de consultas a materiais já publicados, como livros, artigos, periódicos e reportagens, tanto em meio físico como virtual.

A matriz de referência envolveu as obras “*Precedente Judicial e Hermenêutica Jurídica: o sentido da vinculação no CPC/2015*”, de Lenio Luiz Streck; “*Superação do Precedente e Segurança Jurídica*”, de Ravi Peixoto; “*Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*”, de Rodolfo de Camargo Mancuso; e “*O Precedente Obrigatório e o Dilema entre Garantias Constitucionais e a Estandartização do Direito*”, de João Filho de Almeida Portela.

Para auferir os objetivos supracitados, o presente trabalho foi dividido em cinco capítulos. No primeiro deles, realizar-se-á breve escorço acerca das fontes primárias

e secundárias do direito pátrio, analisando o papel exercido pelos precedentes judiciais no processo de nomogênese jurídica, além de apresentar uma conceituação satisfatória deste instituto, apta a diferenciá-lo de outros termos que, equivocadamente, são tomados como sinônimos.

Em seguida, cuidar-se-á de apresentar a doutrina do precedente judicial à luz da linguagem do Código de Processo Civil de 2015, identificando os elementos do precedente que devem ser considerados para a sua correta aplicação, isto é, *ratio decidendi*, fatos operativos e argumentação por princípios.

No terceiro capítulo, aborda-se a grande novidade que constitui o núcleo do presente trabalho: uma detalhada análise doutrinária acerca da função nomofilática, composta pela apresentação de sua evolução histórica, conceito, natureza jurídica, dimensões em perspectiva vertical e horizontal e a descrição dos princípios de estabilidade, coerência e integridade que a compõem.

O princípio da segurança jurídica será compreendido no quarto capítulo, oportunidade através da qual, além de buscar identificar um conceito apropriado, procura-se analisar a segurança jurídica como um fenômeno multifacetado, que pode ser investigado como valor, fato ou norma.

Por derradeiro, o quinto e último capítulo perfaz uma síntese dos problemas observados ao longo do trabalho, relacionados a um duplo desvirtuamento que vem sofrendo, atualmente, a função nomofilática. Ademais, são apresentadas as principais causas para o referido duplo desvirtuamento cujos efeitos infligem, sobremaneira, a segurança jurídica. Em arremate, à luz de preliminares teóricas extraídas da filosofia do Direito e da hermenêutica jurídica, buscaremos assentar soluções para os problemas apresentados.

2 FONTES DO DIREITO: UMA PRELIMINAR NECESSÁRIA

Antes de se adentrar à análise do arcabouço normativo que o Código de Processo Civil de 2015 reservou à disciplina dos precedentes judiciais, é imprescindível destrinchar os diferentes canais de ingresso das normas no sistema jurídico brasileiro.

É através deste esboço sobre as fontes do direito pátrio que se poderá melhor compreender o papel dos precedentes enquanto instrumento normativo, de modo a verificar e delimitar sua pertinência enquanto fonte.

É também por meio deste tópico que serão fixados conceitos que, por tomarem as decisões judiciais como ponto de partida para sua existência, costumam ser confundidos com a terminologia dos precedentes. Cuida-se de ponto extremamente relevante, cuja magnitude se revela fundamental para a correta e integral compreensão do que se quer dizer ao longo deste trabalho.

Assim, como se verá a seguir, após o exame a respeito das fontes do direito, proceder-se-á à diferenciação entre precedente e jurisprudência, precedente e súmula, e precedente e ementa.

2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A expressão “fontes do direito” é, na realidade, um signo jurídico polissêmico, pois apto a comportar diversos significados, sendo, na maior parte dos estudos doutrinários, analisado sob uma acepção material e outra formal. A respeito desta plurivocidade do instituto em comento, Tércio Sampaio Ferraz Jr. explica que:

Na verdade, a expressão *fonte do direito* é uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto, que mencionamos, revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por fonte quer-se significar simultaneamente e, às vezes, confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação. Por sua vez, a própria expressão *direito*, igualmente vaga e ambígua, confere à teoria uma dose de imprecisão, pois ora estamos a pensar nas normas (direito objetivo), ora nas situações (direito subjetivo) e até na própria ciência jurídica e sua produção teórica (FERRAZ JR., 2014, p. 192) (grifos do autor).

O que se tem, pois, é que as fontes do direito são estruturas normativas, ou seja, “há a necessidade da existência de alguém, dotado de um poder de decidir ou

optar por seu conteúdo, elegendo aquilo que deve ser seguido *erga omnes*” (REALE, 2014).

É fundamental ao operador do direito determinar, em cada situação fática concreta, quais as normas que são aptas a irradiar efeitos jurídicos e quais não são dotadas desta capacidade. E, para isso, basta que “se apliquem os critérios que cada sistema jurídico estabelece para fiar como se produzem as normas jurídicas e como podem ser conhecidas” (SOARES, 2013, p. 65).

Os modos, portanto, de as normas jurídicas se manifestarem – sempre, repise-se, através de um processo de produção que pressupõe uma estrutura de poder – são chamadas *fontes do direito*, que podem ser classificadas em fontes materiais ou fontes formais, como se verá a seguir.

Aliás, não obstante a classificação formal/material ser adotada por grande parte da doutrina jurídica pátria, é prudente anotar a proposta de classificação referida por Ferraz Jr., que adota como critério taxionômico o grau maior ou menor de objetividade de que gozem as normas em face de sua origem e modo de formação.

Neste sentido, para o autor,

(...) as *fontes estatais* aparecem em primeiro lugar, por sua formalidade e formulação revestida de autoridade geral e reconhecida institucionalmente. Em seguida, aparecem as *fontes menos objetivas*, de menor grau de certeza e segurança, como os costumes e a jurisprudência. Por fim, as *fontes negociais*, próprias da atividade privada, por natureza múltipla e particularizada, variável de situação para situação, que são fontes de baixo grau de certeza e segurança, por sua subjetividade acentuada, como é o caso também da própria doutrina, dos sentimentos de justiça e equidade (FERRAZ JR., 2014, p. 194) (grifos do autor).

A classificação suprarreferida é de extrema relevância para compreender o papel exercido pelos precedentes judiciais na teoria dogmática das fontes do direito, em função do modo de formulação subjacente a cada categoria de fonte. Isso porque, à luz de cada procedimento de formulação das normas jurídicas, determinada espécie de fonte terá mais importância – ou estará em maior grau hierárquico – que outra. Explicaremos melhor nos tópicos a seguir.

2.2 FONTES MATERIAIS

As fontes materiais do direito encerram os elementos éticos, morais, políticos, históricos, sociológicos, econômicos, religiosos, filosóficos e ideológicos que perfazem uma realidade social e influenciam a produção, aplicação e interpretação da

norma jurídica. Consubstanciam, portanto, os fatores reais que, interferindo no cenário social, condicionam o surgimento da norma, por meio de razões extrajurídicas que influenciaram a criação daquele direito.

São chamadas por alguns autores, como Maria Helena Diniz, de fontes de produção, pois aludem a fatores históricos, políticos e sociais, que “produzem o direito, condicionam o seu desenvolvimento e determinam o conteúdo das normas” (DINIZ, 2014, p. 302).

As fontes materiais ou reais, portanto, são os fatores sociais, que abrangem os históricos, religiosos e naturais – como clima, solo, raça, natureza geográfica do território –, demográficos, políticos, econômicos e morais. Mas não se esgotam aí. Os valores de cada época, representados por elementos como ordem, segurança, paz e justiça social, também influenciam a produção de normas jurídico-positivas.

É cirúrgica a explanação da professora Maria Helena Diniz acerca do papel exercido pelas fontes materiais. Senão, vejamos:

As fontes materiais não são, portanto, o direito positivo, mas tão somente o conjunto de valores e de circunstâncias sociais que, constituindo o antecedente natural do direito, contribuem para a formação do conteúdo das normas jurídicas, que, por isso, têm sempre a configuração determinada por esses fatores, que também encerram potencialmente as soluções que devem ser adotadas na aplicação das normas jurídicas (DINIZ, 2014, p. 305).

Em suma, as fontes materiais consubstanciam o estudo filosófico ou sociológico de motivos éticos, econômicos, históricos, naturais e axiológicos que interferem e condicionam o aparecimento e transformações da norma jurídica posta.

2.3 FONTES FORMAIS

Por fontes formais devem ser compreendidos os modos de surgimento e de manifestação da norma jurídica propriamente dita, “mediante os quais o jurista conhece e descreve o fenômeno jurídico, por meio da positivação institucional dos elementos de natureza extrajurídica” (SOARES, 2013, p. 66), que irão compor a macroestrutura de uma civilização e influenciar a construção do seu ordenamento jurídico.

As fontes formais, portanto,

(...) designam os processos ou meios em virtude dos quais as normas jurídicas se positivam com força obrigatória, *implicando a existência de uma estrutura de poder*, (...) pois a gênese de qualquer espécie de normatividade jurídica só ocorre em virtude da interferência de um centro estatal ou social

de poder, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por uma dada solução normativa com características de objetividade (REALE, 2014, p. 141) (grifo nosso).

A doutrina costuma subclassificar as fontes formais em fontes *estatais* – englobando, aí, as normas legais e a jurisprudência – e fontes *não estatais*, cujos representantes seriam os costumes, ou direito consuetudinário, a doutrina e as convenções em geral ou negócios jurídicos.

Ocorre que essa subclassificação pode passar uma visão equivocada acerca das espécies de fontes formais, no sentido de que todas elas, supostamente, se equiparam em termos de eficácia, produzindo normas jurídicas cuja vinculação se dê da mesma forma e da mesma intensidade pelo aplicador do Direito. Daí a importância de se recorrer ao critério de classificação proposto por Ferraz Jr., isto é, com base no grau maior ou menor de objetividade de que gozem as normas em face de sua origem e modo de formação.

Para manter-se fiel ao tema e à tese da presente monografia, é despendendo profundas análises em torno de cada fonte formal. Assim, o foco será dirigido ao precedente judicial, com o fito de estabelecer algumas premissas acerca do papel que ele exerce enquanto fonte do direito, em um Estado de tradição romanística, como o Brasil.

2.4 O PRECEDENTE E A TEORIA DOGMÁTICA DAS FONTES DO DIREITO

A fim de se obter a melhor compreensão acerca da posição e da função dos precedentes judiciais no bojo da teoria dogmática das fontes do direito, o desenvolvimento do presente tópico foi estruturado em três etapas essenciais.

Numa primeira etapa, é salutar conceituar e diferenciar duas tradições jurídicas que se revestem da mais elevada importância para o tema: a romanística e a anglo-saxônica. Compreendê-las é resgatar os elementos históricos e jusfilosóficos que permitirão verificar o grau do protagonismo dos precedentes em cada sistema jurídico.

Num segundo momento, busca-se encontrar uma definição satisfatória do que vem a ser o instituto jurídico do precedente. Isto é, dizer o que configura um *lídimo* precedente, ainda que não seja possível conceituá-lo objetiva e univocamente¹, de

¹ Trata-se de uma das etapas mais importantes, pois o conceito que aqui será apresentado do que vem a ser – ou do que *não venha a ser* – “precedente” será o conceito utilizado para a exposição da argumentação que será engendrada nos próximos capítulos desta monografia.

modo a diferenciá-lo de outros institutos que, muitas vezes, como se pretende demonstrar, são, equivocadamente, tomados como sinônimos.

Por fim, na terceira e última etapa, faz-se necessário identificar características do precedente que eventualmente possam equipará-lo a uma legítima fonte do direito, e, caso realmente seja uma fonte, qual grau de objetividade e hierarquia ele adquire na tradição jurídica brasileira.

2.4.1 O papel das tradições jurídicas romanística e anglo-saxônica

A tradição jurídica anglo-saxônica, conhecida pelo modelo do *common law*, considera as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas. À lei, atribui-se um papel secundário.

O que se tem neste sistema é a chamada força vinculante dos precedentes, que, a princípio, “era apenas um uso geral, não se achando que os juízes estivessem vinculados a decidir conforme os precedentes” (FERRAZ JR., 2014, p. 209).

Graças ao aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*), e ao surgimento de uma hierarquia judiciária mais homogênea, foi possível consolidar, nos países de *common law*, uma doutrina conhecida como *stare decisis*.

Sobre o modelo anglo-saxão de precedentes, é importante assinalar que

(...) neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes (MELLO, 2008, p. 12 *apud* PORTELA, 2018, p. 65).

São características fundamentais da tradição jurídica inglesa de *common law*:

(...) primeiro, os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é a sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão; quarto, um precedente (sua *ratio decidendi*) nunca perde sua vigência, ainda que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas: ele permanece válido, e pode ser invocado desde que se demonstre sua utilidade para o caso (FERRAZ Jr., 2014, p. 210).

É importante registrar, desde logo, que, no *common law*, o precedente não é criado para servir a casos futuros. Ou seja, a criação dos precedentes ou teses não

ocorre para uma vinculação universal e abstrata *a posteriori*. O que se tem, na verdade, é uma “vinculação que se dá de forma contingencial” (STRECK, 2018, p. 75). Noutras palavras, os precedentes, ali, não são formados enquanto teses generalizantes com caráter prospectivo.

Aliás, parcela da doutrina processualista (inter)nacional entende que o precedente da *common law* não é vinculante. Neste sentido,

(...) não é apropriado dizer que o precedente da *common law* é vinculante, no sentido de que derive de uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de acompanhar o precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele em que o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de uma força considerável, vez que se espera que, em linha de princípio, o juiz sucessivo o siga – como de fato geralmente acontece –, mas esta força é sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*, porque o segundo juiz pode desatender o precedente, quando considerar oportuno fazê-lo, a fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir. No sistema americano, então, a força do precedente existe, mas em um menor grau: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, isto é – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e então os juízes geralmente explicam porque não pretendem seguir o precedente: parece claro, no entanto, que o precedente tem eficácia apenas quando o segundo juiz compartilha. Caso contrário, o precedente vem *overruled* (TARUFFO, 2016 *apud* STRECK, 2018, p. 86).

Já na tradição romanística, própria dos países da Europa continental e adotada pelo Brasil, a lei é protagonista, competindo-lhe manifestar o direito, e reservando às decisões judiciais caráter acessório e mediato, isto é, fonte explicitadora do significado do ordenamento positivo.

Assim, a determinação da solução que possa ser aplicada a uma demanda específica dar-se-ia por um raciocínio subsuntivo “a partir das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa” (MELLO, 2008, p. 12 *apud* PORTELA, 2018, p. 65).

O sistema romanístico, assim,

(...) caracteriza-se, em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência (FERRAZ JR., 2014, p. 211).

Pelo que se extrai, é possível inferir que não existe, hoje, pureza em um ou outro sistema jurídico supramencionado. Isso porque, na práxis jurídica contemporânea, tanto a tradição de *common law* vem comportando, como visto, mitigações à chamada “força vinculante dos precedentes”, como, ao mesmo tempo, o sistema romanístico vem incorporando um progressivo método de uniformização da jurisprudência, por força da própria lei processual e das súmulas dos tribunais superiores. Cite-se, por exemplo, o papel exercido pelas Súmulas Vinculantes no panorama jurídico brasileiro.

Trata-se de uma circulação de modelos jurídicos designada, em alguns países, de “bijuralismo” entre sistemas (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p.40), cuja junção das tradições se revela verdadeira tendência desde o século XX.

Mas, para além de compreender a influência dos precedentes no tráfego jurídico das duas tradições jurídicas supramencionadas, é preciso buscar critérios aptos a fixar um sentido ao signo “*precedente*”.

2.4.2 Que vem a (não) ser “precedente”?

É de fundamental importância perquirir a identidade do precedente. É um ponto de partida essencial para a correta e devida compreensão do que pode valer como precedente, ou seja, do que deve ser considerado como precedente legítimo para fins de aplicação no raciocínio jurídico.

O que se tem, na realidade, analisando as produções doutrinárias sobre o tema, é que não há uma conceituação simples e objetiva do que vem a ser um precedente. Porém, através de um procedimento de seleção de características e, simultaneamente, de exclusão de outras características é possível delimitar um conceito abstrato de precedente suficientemente satisfatório para o transcurso dissertativo do presente trabalho.

Convém anotar, inicialmente, algumas definições objetivas trazidas por importantes doutrinadores.

Fredie Didier Jr. define precedente, em sentido lato, como sendo “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR., 2017, p. 505).

Karl Larenz preleciona que “precedentes são resoluções de uma mesma questão jurídica que, posta para análise do judiciário, já conta com decisão em caso similar” (LARENZ, 2009, p. 611).

Para Ravi Peixoto, podem ser identificados dois conceitos para os precedentes. Como aduz o referido autor, um primeiro atributo semântico “faz referência a todo ato decisório, abarcando o relatório, a fundamentação e o dispositivo” (PEIXOTO, 2018, p. 144). Nesse aspecto, denominado de *sentido próprio*, o precedente seria texto e, portanto, fonte do direito, apto a atuar como referência para as decisões posteriores e servindo de ponto de partida para a resolução de casos concretos semelhantes. É cada ordenamento jurídico, de *common law* ou de civil *law*, que determinará a influência desse modelo.

Peixoto ainda identifica um segundo conceito para precedentes, denominado por ele de *impróprio*.

Um segundo aspecto, denominado de *impróprio*, refere-se à *ratio decidendi*, ou seja, a norma jurídica a ser desenvolvida a partir da decisão enquanto texto a ser interpretado. Este aspecto (...) não se confunde com a decisão do caso concreto. A construção dessa norma é extraída principalmente da fundamentação e vai sendo consolidada por outras decisões que mantenham aquele entendimento. Esse seria o conceito estrito de precedente, fazendo referência à norma extraída das decisões judiciais. É, então, o aspecto *normativo* do precedente, enquanto o primeiro refere-se a um fato jurídico de criação normativa, sendo *fonte do direito* (PEIXOTO, 2018, p. 144).

Thomas Bustamante traz relevantes considerações quando aduz que “precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação” (DE BUSTAMANTE, 2016, p. 259).

Independentemente da definição objetiva que venha a ser adotada, faz-se necessário extrair determinadas características que são inerentes à ideia do precedente. Primeiro, “um precedente não nasce precedente, mas se torna um precedente” (STRECK, 2018, p. 114). Ou seja, as decisões jurisdicionais anteriores ao julgamento de determinado feito só são aplicadas como precedente a partir de uma atividade de reconstrução. Isto é, “é o tribunal subsequente que, interpretando, dispõe a delimitação da *ratio decidendi* do (que virá a ser o) precedente” (STRECK, 2018, p. 116).

O que se quer dizer é que nem toda decisão judicial, ainda que proferida pelos tribunais superiores, é precedente. Isso porque as diferentes decisões judiciais são institutos jurídicos diversos cuja operacionalização se dará distintamente, de modo

que é equivocado que uma decisão de IRDR ou RE/REsp repetitivos possam ser equiparadas às súmulas simples e vinculantes.

Traz-se à colação a substancial e sempre oportuna lição de Frederick Schauer (2012, p. 30). Para o autor, é óbvia a afirmação de que um caso semelhante deve ser julgado igual ao outro. Trata-se de uma informação irrelevante na definição do precedente. A questão maior, que é o ponto nodal para tornar uma decisão judicial um precedente legítimo, é definir o *que* são casos semelhantes.

Assim,

(...) não basta afirmarmos que casos iguais devem ser decididos de forma igual. Isso é meramente performático. A lei também é igual para todos e deve ser aplicada de forma igual para casos semelhantes. Ainda para ficarmos na expressão de Schauer, o precedente tem um pedigree histórico (*historical pedigree*), que não pode ser ignorado em sua aplicação (STRECK, 2018, p. 98).

Aliás, um precedente, mesmo no *common law*, não surge para resolver casos futuros. Como explica-nos Streck, lá, no sistema anglo-saxão, “não se julga para vincular no futuro; a vinculação se dá de forma contingencial” (STRECK, 2018, p. 75). Ou seja, “é o juiz do caso posterior quem vai determinar se há ou não precedente e, então, – por assim dizer – ‘cria’ o precedente” (TARUFFO, 2016 *apud* STRECK, 2018, p. 85).

Neste trabalho, adota-se a opção conceitual que considera o precedente como a decisão judicial anterior que, julgando casos semelhantes, possibilita ao aplicador do Direito extrair delas uma *ratio decidendi*, que servirá de parâmetro para a solução do caso posterior, cuja vinculatividade deve ser observada a partir de suas razões – e não de sua autoridade.

2.4.3 O precedente enquanto fonte do direito

Superadas as questões suprarreferidas, cabe, agora, indagar acerca da inclusão ou não do precedente no processo da nomogênese jurídica, isto é, averiguar se o precedente judicial compõe o rol dos elementos aptos a criar normas legais.

Constitui verdadeira cizânia doutrinária o papel dos precedentes na teoria dogmática das fontes do direito. Seria o precedente uma fonte formal equiparada à própria lei? Ou o precedente estaria mais correlacionado a uma fonte formal

secundária, como a analogia, a equidade e os princípios gerais de direito? Seria, noutra visão, uma fonte suplementar?

Equiparando o precedente à lídima expressão das fontes formais do Direito está Rafael Calheiros Bertão, segundo o qual

(...) parece tranquila a compreensão dos precedentes como fonte do direito. Isso porque, entendendo-se o juiz enquanto ente dotado de poder para emissão de enunciados normativos e os precedentes como norma, fica clara a aptidão destes para figurarem no rol das fontes normativas. Basta, assim, a compreensão de que as fontes são responsáveis por pôr, no sistema, normas jurídicas, notadamente sua função (BERTÃO, 2016, p. 12).

Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz advoga que o precedente

(...) de um modo ou de outro, acaba impondo ao legislador uma nova visão dos institutos jurídicos, alterando-os, às vezes integralmente, forçando a expedição de leis que consagrem sua orientação. É indubitável que constitui, além de uma importantíssima fonte de normas jurídicas gerais, uma fonte subsidiária de informação, no sentido de que atualiza o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação que atenda aos reclamos das necessidades do momento do julgamento e de preenchimento de lacunas (DINIZ, 2014, p. 318).

Em sentido oposto, trazemos à colação a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem

(...) parece mais apropriado enquadrar a *jurisprudência*² como meio suplementar de integração do Direito, porque ela deriva da atividade de subsunção de cada fato concreto às normas de regência, e assim carece do trinômio generalidade-impessoalidade-abstração, que caracteriza a norma legal (MANCUSO, 2018, p. 90).

Em que pese a prevalência da lei, como fonte formal principal do direito brasileiro, é inegável o protagonismo dos precedentes na realidade jurídica contemporânea. Cite-se, como exemplos, o julgamento de improcedência liminar do pedido com lastro em enunciados de súmulas dos tribunais, a possibilidade de o relator julgar o mérito monocraticamente quando amparado por súmula do STF, STJ ou do próprio tribunal (art. 955, paragrafo único, CPC). Trata-se, pois, de uma constante busca de padrão decisório para solução dos casos subsumidos em seus enunciados.

Todavia, a jurisprudência

² Aqui o termo "jurisprudência" é tomado no mesmo sentido que utilizamos para fazer referência ao conceito de "precedentes". Trata-se de prática comum na doutrina processualista, em razão da ausência de definição exata do termo precedente. Mais à frente, far-se-ão as devidas distinções entre os institutos.

(...) enquanto modalidade otimizada do produto final do braço judiciário do Estado, apesar da sua crescente importância na *praxis* forense, não se constitui (ainda) numa verdadeira fonte formal do direito (= causa eficiente de conduta obrigatória e geral; comando abstrato para fazer ou não fazer), nem vem prevista dentre as fontes formais secundárias (como se dá, *v.g.*, com a equidade – CPC, parágrafo único do art. 140). (...) A jurisprudência, tanto quanto a doutrina, resultam do labor interpretativo dos profissionais do direito, acerca dos textos legais. (MANCUSO, 2018, p. 93).

Negando taxativamente o precedente como fonte do direito, Ferraz Jr. aduz que

(...) a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, 'fonte' interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de costume (FERRAZ JR., 2014, p. 211).

Utilizando o já mencionado critério de Ferraz Jr. para a classificação das fontes do direito, que se daria com base no grau maior ou menor de objetividade de que gozem as normas em face de sua origem e modo de formação, filiamo-nos à opinião da segunda corrente apresentada. Isto porque os precedentes não têm uma eficácia formalmente vinculante nem mesmo nos países de *common law*, que dirá no sistema romanístico, como o brasileiro. A falta de vinculatividade e da especificidade do que seja precedente fulmina qualquer grau de certeza e segurança que o precedente possa oferecer, tornando-o uma fonte menos objetiva do que as fontes estatais propriamente ditas (Constituição e leis).

No Brasil, busca-se criar precedentes com pretensões generalizantes. Trata-se de verdadeira contrafação à própria ideia de precedentes. Isso porque quem tem a pretensão e poder de validade universalizante é apenas a lei. Repise-se, o precedente é criado pelo juiz do caso posterior que, mediante um juízo comparativo entre decisões judiciais anteriores e os fatos que compõem o caso concreto a ser solucionado, faz surgir o verdadeiro precedente.

Sendo assim, colocar os precedentes no mesmo lugar e patamar da lei no ordenamento jurídico é algo extremamente equivocado e perigoso, pois ao Judiciário não compete criar normas gerais e concretas com aptidão vinculante como se fossem lei propriamente dita. É essa a proposta dos defensores na primeira corrente supramencionada.

Todavia, registre-se que os precedentes judiciais incorporam papel de relevo ao funcionarem, muitas vezes, como indutores das mudanças de interpretação do texto normativo e das próprias modificações textuais, pela via legislativa. Além disso,

os precedentes, a partir da atividade interpretativa do aplicador do Direito, podem servir como parâmetro para a decisão de casos semelhantes.

Logo, apresentam-se, de fato, como fontes indiretas do Direito, isto é, ora se comportando como fontes interpretativas, ora como fontes suplementares, mas nunca como fontes formais primárias, vinculantes e com pretensões universalizantes, pois tais características são exclusivas da lei propriamente dita.

2.5 DIFERENCIAÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS

Com o fito de oferecer a melhor delimitação conceitual dos precedentes, é essencial diferenciar o instituto de outros que podem comumente ser tomados como sinônimos, em razão de se originarem a partir da atividade jurisdicional dos tribunais.

2.5.1 Precedente e jurisprudência

O termo jurisprudência é utilizado para fazer referência a um conjunto de decisões judiciais. Ou seja, “pressupõe-se um grupo de precedentes capazes de indicar a interpretação dada pelo tribunal a determinada questão” (BERTÃO, 2016, p. 4). Para a produção da jurisprudência, é necessário que haja um conjunto de decisões em um período de tempo, cuja “formação se mostra bem mais complexa que a dos precedentes” (BERTÃO, 2016, p. 4).

A jurisprudência, nesse contexto, seria “valor que se agrega e qualifica as decisões de segundo grau, quando consoantes e reiteradas sobre um mesmo tema” (MANCUSO, 2018, p. 36). Precedente, por seu turno, concerne a uma decisão adstrita a um caso concreto específico e particular, dotada de características peculiares que a diferenciam de qualquer outro caso.

É possível, ainda, falar em uma distinção de caráter qualitativo entre os dois conceitos. O precedente tem potencial para deduzir soluções para um caso sucessivo em função de um juízo comparativo, que se dá mediante analogias e contra-analogias, entre os fatos subjacentes ao primeiro caso e os fatos do segundo caso, sendo esta comparação levada a efeito, sempre, pelo juiz do caso posterior. Já a jurisprudência não se apresenta por meio de uma análise comparativa de fatos. As decisões que compõem a jurisprudência são levadas em conta “para descobrir onde está e qual é o

princípio de direito, uma vez que o que se procura é a regra jurídica a aplicar ao caso sucessivo” (TARUFFO, 2011 *apud* SALOMÃO, 2017, p.60).³

2.5.2 Precedente e ementa

Na precisa definição de Leonardo Carneiro da Cunha, ementa consiste no “elemento das sentenças, que serve para simplificar o acesso aos posicionamentos do tribunal, consistindo em verdadeiro resumo da decisão e facilitando sua divulgação e documentação” (CUNHA, 2004 *apud* BERTÃO, 2016, p. 4).

Por isso, precedente e ementa são institutos que não se confundem. A ementa, repise-se, é apenas mero resumo de um julgado, consistindo, por isso, instrumento para facilitar a organização e catalogação das decisões oriundas da atividade jurisdicional dos tribunais. Como salienta Ravi Peixoto,

A substituição do precedente pela ementa empobrece o caso concreto, além de ser possível a existência de um conflito entre o teor da ementa e do julgado, ou mesmo a possibilidade de ela conter tema que não fez sequer parte da *ratio decidendi* da decisão invocada. Trata-se apenas de um documento elaborado a partir do julgado, e não o julgado em si, não tendo aptidão de gerar, de forma autônoma, a eficácia típica dos precedentes. (PEIXOTO, 2018, p. 160).

Confundir os conceitos entre os dois institutos é prejudicial à operabilidade e eficiência do precedente no raciocínio jurídico, pois é fundamental que, para sua correta aplicação, extraia-se a razão de decidir do julgado e os fatos operativos que originaram o referido precedente – isto é, a base fática que o alicerça –, o que nem sempre corresponde à ementa.

2.5.3 Precedente e súmula

A súmula é uma materialização objetiva da jurisprudência. Trata-se de “enunciado geral e abstrato⁴, oriundo de decisões e, que possuem procedimento de criação próprio” (BERTÃO, 2016, p.4), sendo, “basicamente uma forma de facilitar a

³ Nesse sentido, a própria Súmula 7 do STJ, segundo a qual: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Ou seja, às cortes superiores, responsáveis pela uniformização da jurisprudência, é vedada a análise de fatos no âmbito de Recurso Especial. Por essa razão, na definição de jurisprudência, não há que se falar em identidade ou analogia entre fatos do primeiro caso e fatos do segundo caso, mas em buscar o princípio de direito a aplicar ao caso sucessivo.

⁴ É justamente essa a crítica – que será analisada mais à frente – de Lênio Streck e Georges Abboud em “O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?”, para os quais as súmulas muitas vezes são produto de uma indevida atividade legiferante por parte do Poder Judiciário.

identificação pelo demais julgadores da jurisprudência dominante daquele órgão jurisdicional sobre um determinado tema” (PEIXOTO, 2018, p. 158).

No arcabouço jurídico brasileiro, temos as súmulas persuasivas e as súmulas vinculantes. Estas últimas são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, de previsão constitucional insculpida no art. 103-A da CRFB/88 e regulamentada pela Lei 11.417/2006. Para sua aprovação, revisão ou cancelamento, a Constituição exige reiteradas decisões sobre matéria constitucional e decisão de dois terços dos membros do STF.

Todavia, como se verá nos próximos capítulos do presente trabalho, atualmente as súmulas vinculantes estão cada vez mais adquirindo *status* superior ao da própria legislação. Aliás, a forma equivocada de utilização dos precedentes está transformando vinculante toda e qualquer decisão de tribunal, não obstante a Constituição, além de exigir quórum qualificado para tornar um verbete vinculante, ter restringido essa prerrogativa unicamente ao Supremo Tribunal Federal.

O próprio CPC, em seu artigo 926, parágrafo 2º, preconiza ser necessária a observância das circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação. Ou seja, o CPC/15 não permite a total e absoluta desvinculação das súmulas aos fatos concretos que a originaram. Ao contrário. O novo Código impõe que, já na formação das súmulas, haja um cuidado com relação aos precedentes motivadores.

Para entender com mais segurança a disciplina jurídica dispensada pelo novo digesto processual aos precedentes judiciais, convém entender o modo pelo qual eles estão dispostos, estruturados e organizados no CPC/15, bem como qual o papel exercido por cada espécie de precedente e seus reflexos na prática jurídica. Trata-se de tema reservado ao próximo capítulo.

3 A DOUTRINA DO PRECEDENTE JUDICIAL À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

É fundamental trazer à baila alguns conceitos e elementos-chave para uma compreensão básica em torno da doutrina do precedente judicial, com o fito de fornecer aporte teórico sobre o tema que tem o condão de influenciar na leitura do novo Código de Processo Civil.

Além disso, analisar pontos importantes e, de certa forma, controvertidos sobre o arcabouço dogmático fornecido pelo CPC/2015 é importante para evitar os vícios que comumente decorrem de uma leitura equivocada acerca do instituto do precedente.

3.1 O NOVO CPC CRIOU UM “SISTEMA” DE PRECEDENTES?

Para importantes estudiosos, jusfilósofos, processualistas e operadores do direito, o Código de Processo Civil inaugurou um “sistema de precedentes”, que teria aberto margem para a “*commonlização*” do direito brasileiro. Esse sistema teria sua funcionalidade levada a efeito através das “Cortes de Precedentes” – as chamadas “Cortes de Vértice” – que fariam teses que se tornariam vinculantes para o aludido sistema de precedentes.

É esta a ideia defendida por Luís Roberto Barroso e Patrícia Campos Mello, para os quais a evolução do direito jurisprudencial brasileiro se completou com o Novo Código de Processo Civil, através do qual

(...) se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados da súmula (BARROSO, MELLO; 2016, p.11).

Para os referidos autores, o CPC/15 instituiu um “sistema” de precedentes vinculantes. Trata-se, como se pretende demonstrar ao longo deste trabalho, de uma leitura equivocada acerca da dogmática do direito jurisprudencial inaugurado pelo Código de Processo Civil.

Nesse contexto, buscaremos demonstrar, brevemente, porque não há um “sistema” de precedentes instituído pelo CPC/15, à luz de argumentos inicialmente ventilados pelo professor Lenio Streck, em sua obra “*Precedentes Judiciais e Hermenêutica*”, que, ao longo da pesquisa empreendida por esse trabalho, foi o único autor que adentrou ao mérito da presente questão que se impõe.

Inicialmente, é preciso compreender o que se pretende fazer significar com a expressão “sistema”. Por sistema, deve-se ter em mente a ideia de um todo coerente e harmônico de normas, isto é, “uma teoria do ordenamento que necessita da ideia de sistema para lhe possibilitar adequado tratamento para a relação entre as normas jurídicas” (TORRANO; STRECK, 2016, p. 5). Nessa primeira perspectiva, o CPC de 2015 não inaugura nenhum sistema de precedentes.

O grande esteio desse suposto novo paradigma, para os defensores do aludido sistema de precedentes, seria a criação, ao longo dos anos de prática judiciária, de um *stare decisis* brasileiro – modelo jurídico que será melhor analisado mais adiante.

Todavia, o que deve ser levado em conta é que

Não é um Código ou qualquer outra lei que criará ou modificará nosso sistema, fazendo surgir o sistema-de-precedentes ou o próprio *common law* a partir da mera promulgação da lei. Ademais, no Brasil a introdução do sistema-de-precedentes é conseqüência do pensamento de que o *stare decisis* seria a solução ideal para remediar o problema do grande número de litígios do Brasil, ignorando a própria complexidade que é inerente ao *stare decisis* e seu respectivo sistema genuíno de precedentes. (...) O que o CPC/15 faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Respostas antes das perguntas. Mas, não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC (TORRANO; STRECK, 2016, p. 4).

Ou seja, os autores precedentalistas advogam que o CPC/2015, em seu artigo 927, teria elencado específicos provimentos judiciais que, à margem de seu conteúdo, qualidade, integridade ou coerência, deveriam vincular de modo automático e subsuntivo para, com isso, enfrentar os problemas operacionais da prática jurídica brasileira, entre estes, a litigiosidade repetitiva. Ainda que isso fosse verdade, o argumento não se presta, por si só, a justificar a suposta criação de um “sistema” de precedentes.

No *common law*, como visto, o que equipara uma decisão do tribunal superior a um verdadeiro precedente é a sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário, permitindo que o precedente retire legitimidade democrática.

Ademais, convém questionar, como faz Lenio Streck e Georges Abboud (2016, p. 1), se esse suposto sistema de precedentes inaugurado pelo CPC se cinge apenas ao processo civil ou se os processos penal, trabalhista e administrativo também sofrem essa revolução paradigmática. Afinal, quando se fala em sistema, não é razoável que este se limite a apenas uma área do Direito.

Outro argumento que aponta para a não existência de um sistema de precedentes é que o próprio CPC, em seu artigo 15, prescreve a subsidiariedade e complementariedade das normas do referido diploma processual. Ou seja, como falar em um “sistema” que se aplica para alguns ramos do direito e para outros não?

Ante o exposto, superada a questão acerca da inauguração ou não de um sistema de precedentes na tradição jurídica brasileira, adentra-se, a partir de agora, à análise da linguagem que o novo CPC adotou para balizar a doutrina do precedente.

3.2 ELEMENTOS DO PRECEDENTE

Eleger um precedente para, por meio dele, extrair a solução de um caso concreto enseja perquirir, identificar e considerar os fatos materiais a ele associados. Ou seja, “a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos” (TARUFFO, 2011 *apud* SALOMÃO, 2017, p. 60). Trata-se, pois, essencialmente, de um raciocínio por comparações entre casos (o do precedente e o presente).

Richard M. Re classifica as técnicas utilizadas no raciocínio por precedentes a partir de duas perguntas: primeiro, devemos indagar se, na melhor leitura do precedente em questão, ele se aplica ao caso presente. Em seguida, devemos perquirir se a Corte aplicou o precedente ao dito caso. Seguir (*follow*) um precedente é aplicá-lo a um determinado caso quando a sua melhor interpretação assim o recomenda; restringir (*narrow*) um precedente significa não aplicá-lo, embora a sua melhor interpretação assim o recomendasse; estender (*extend* ou *widen*) um precedente consiste em aplicá-lo mesmo quando uma leitura mais conservadora não sugira tal aplicação; e distinguir (*distinguish*) um precedente significa não aplicá-lo, porque a sua melhor interpretação assim não o recomenda. Há uma quinta técnica, que, pela sua especialidade, situa-se fora dessa classificação: trata-se do *overruling*. (NUNES; HORTA, 2015, p.14).

Nesse contexto, os conceitos importantes para a utilização e relevância do direito jurisprudencial são: fatos operativos, *ratio decidendi* e argumentação por princípios.

3.2.1 Fatos operativos

Os fatos operativos, ou fatos materiais, apresentam uma faceta contundentemente prescritiva, como explicam Nunes e Horta (2015, p. 20), quando consignam que o caráter dos fatos operativos “não [é] meramente descritivo na compreensão desses fatos e no estabelecimento dos padrões de semelhança e distinção entre o precedente e o caso presente que não pode ser ignorado” (NUNES; HORTA, 2015, p. 20). Logo, não devem ser confundidos com os fatos da vida.

Todo caso, seja o caso presente seja o do precedente, apresenta inúmeros fatos a ele subjacentes. O ponto nodal é saber identificar e lidar com esses fatos quando se pretende analisar a aplicação do precedente em outros casos – cada qual com sua singularidade.

Por isso, de acordo com a teoria normativa do precedente, é preciso, primeiramente, identificar aqueles fatos operativos (materiais) com suficiência e necessidade consideráveis para lhes aplicar a consequência jurídica. E, em seguida, através de um juízo comparativo, que se opera por meio de analogias e contra-analogias, verificar em que grau aqueles fatos operativos se equiparam aos fatos e características dos demais casos para que a eles se apliquem a mesma consequência.

Noutro dizer,

(...) deve-se buscar os fatos operativos necessários ou necessários e suficientes (mas nunca apenas suficientes) e aplicar-lhes a consequência jurídica para, então, verificarmos se, por comparação, tais fatos operativos assemelham-se o bastante aos fatos subjacentes aos demais casos a fim de que lhe seja aplicada a mesma consequência jurídica (NUNES; HORTA, 2015, p. 17).

Assim, concluindo-se pela inexistência de semelhanças essenciais, o precedente será afastado, conforme as distinções que recomendam o *distinguishing*. Por outro lado, sendo os fatos operativos necessários e suficientes semelhantes ao do caso presente, o precedente deverá ser seguido, conforme regras de orientação do *following*.

Mas a aplicabilidade dos precedentes não se perfaz exclusivamente através dos fatos operativos. É necessário ir além e compreender a noção de *ratio decidendi* e da argumentação por princípios.

3.2.2 *Ratio decidendi*

Ratio decidendi, ou holding, para os americanos, “refere-se às razões de decidir, ou motivos para a decisão” (BERTÃO, 2016, p. 7). É a essência do julgado – os “fundamentos determinantes”, para valer-se da expressão inscrita no CPC/2015.

Dierle Nunes e André Horta (2015, p. 15) entendem que a definição de *ratio decidendi* não é uma tarefa simples de categorização científica de partes de uma decisão. E essa complexidade, segundo os autores, deriva de dois fatores: primeiro, o tipo de objeto designado (se norma jurídica geral, se norma jurídica geral contextualizada ou qualquer elemento essencial da argumentação desenvolvida pelo juiz) e o grau de especificação do objeto designado.

Thomas Bustamante (*apud* NUNES; HORTA, 2017, p. 14) considera equivocado o pressuposto de que existe apenas uma *ratio decidendi* em cada decisão e que todo o restante seria dispensável (*obiter dictum*). O referido autor aponta que

(...) haverá uma *ratio decidendi* útil para a solução de casos futuros não apenas quando a Corte decida determinada questão pontual acerca das consequências do caso particular – tal como “x deve fazer A” – mas também quando essa mesma Corte tenha estabelecido – com clareza e de forma justificada – uma regra geral que possa abarcar, além de x, os indivíduos y, z e outros que se achem na mesma situação. Pode-se falar, portanto, em uma pluralidade de *rationes decidendi* em um mesmo caso concreto: seria errôneo, uma vez individualizada uma *ratio decidendi*, necessária e suficiente para a decisão, crer que os outros princípios enunciados na sentença sejam *obiter dicta*. Tais outros princípios podem ser não necessários, mas suficientes para decisão: e serão, portanto, *rationes decidendi* ulteriores em relação à primeira (DE BUSTAMANTE, 2012 *apud* NUNES; HORTA, 2017, p. 15).

Adotaremos a definição cunhada por Lenio Streck e Georges Abboud, segundo os quais *ratio decidendi* seria a “regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso, devendo ser necessariamente analisada à luz da questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou” (STRECK; ABBOD, 2016, p. 4).

Complementando a definição acima, Dierle Nunes e André Horta asseveram que

(...) é preciso perceber, pois, que o enunciado universal não está pronto e acabado no precedente. A sua elaboração depende substancialmente da seleção dos fatos considerados relevantes (fatos materiais) para o deslinde da controvérsia e de sua comparação com os fatos do caso presente. Isso, porém, constitui tarefa dos participantes do diálogo processual, agora balizado por uma teoria normativa da comparticipação (cooperação), que debaterão sobre a aplicabilidade de determinado precedente (ou enunciado sumular ou decisão-modelo) com base naquilo que deve e não deve ser

considerado relevante, inexistindo fórmula apriorística para resolver essa questão (NUNES; HORTA, 2015, p. 16).

Registre-se, ainda, que a *ratio decidendi* e o precedente do qual ela é extraída não podem ser tomados numa dimensão atemporal, isto é, desvinculada do caso fático-concreto que os originou. Isso porque os precedentes “são invocados como *starting points* da argumentação jurídica, não guardando qualquer pretensão de colocar fim ao debate” (NUNES; HORTA, 2015, p. 27). Com efeito, as *ratione decidendi* dos precedentes são refeitas e confirmadas continuamente.

Ante o exposto, dadas as diversas possibilidades de disposição dos fatos operativos de determinado precedente e, conseqüentemente, da *ratio decidendi* que se extrai, outra questão deve ser analisada: a argumentação por princípios.

3.2.3 Argumentação por princípios

A argumentação por precedentes não é (ou pelo menos não deveria ser) uma argumentação a partir de regras, mas por meio de princípios. Explica-se.

Os precedentes e os provimentos que devem ser observados pelo operador do Direito são interpretáveis. Isto é, não são, de pronto, a norma decisória do caso concreto e “nem podem ser vistos como pontos de chegadas” (STRECK, 2018, p. 29). Os precedentes se reportam, na lição de Lenio Streck (2018, p. 29), a um *principium* argumentativo.

O que se quer dizer é que as comparações realizadas entre o caso presente e o caso precedente devem ser presididas por argumentos de princípio, “a fim de se atender à justiça, à equidade e à segurança jurídica e de combater as semelhanças demasiadamente amplas e as distinções artificialmente estabelecidas” (NUNES e DIERLE, 2015, p. 23).

O ponto de partida essencial, para saber qual a força de um precedente e, assim, interpretá-lo e aplicá-lo ao caso presente, é coligir os argumentos de princípio que o constituem. Ou seja, a força do precedente não pode estar vinculada unicamente à suposta autoridade da qual surgiu.

3.3 PRECEDENTE JUDICIAL NO CPC DE 2015: UM NOVO MODELO DOGMÁTICO

Como se verá mais adiante, uma leitura equivocada acerca do precedente judicial pode violar gravemente a segurança jurídica, que é princípio tão caro às sociedades livres e democráticas. O formalismo dos enunciados sumulares e das teses com pretensões generalizantes estabelecidas pelos tribunais superiores ameaça diuturnamente o processo de aplicação do direito jurisprudencial.

Por isso, para evitar leituras equivocadas e os vícios delas decorrentes, é imprescindível conhecer, de modo holístico, a disciplina que o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) deu ao instituto do precedente, evitando análises individualizadas de artigos específicos sem dialogá-los entre si.

Nesse contexto, o CPC/15 estabelece um novo modelo dogmático para a doutrina do precedente. A partir de pressupostos democráticos, procura fulminar a superficialidade da fundamentação decisória e a desvinculação da facticidade do Direito.

3.3.1 O art. 927 e os “precedentes obrigatórios”: uma análise ortodoxa

Ao analisar a linguagem do CPC acerca da doutrina do precedente, a primeira questão gira em torno do art. 927 e de sua possível eficácia “vinculante”. Dispõe o artigo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
 I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 II - os enunciados de súmula vinculante;
 III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Para uma parcela da doutrina processualista, o art. 927 elenca decisões-modelo que seriam, automaticamente, vinculantes. Veja-se, por exemplo, o que assevera Fredie Didier Jr:

O art. 927 do CPC inova ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. Pode ser, por

exemplo, um precedente em processo de controle concentrado de constitucionalidade, um simples incidente em julgamento de tribunal ou um procedimento de produção de enunciado de súmula (DIDIER, 2017, p. 526).

Discordamos desta linha de pensamento. Isso porque os provimentos elencados no artigo 927, à luz da doutrina do precedente apresentada anteriormente, não são todos precedentes. E, ademais, não se encontra, no aludido dispositivo, menção a “precedentes vinculantes” nem ao verbo “vinculação” – o verbo utilizado é “observar”.

Como já registrado anteriormente, a *ratio decidendi* e o precedente não podem ser lidos descontextualizados e desvinculados do contexto fático de origem. Logo, nem todos os provimentos elencados no art. 927 podem ser considerados precedentes, haja vista a indicação expressa das súmulas vinculantes no seu inciso II.

Precedentes não podem ser equiparados à lei, pois não devem ter uma pretensão universalizante, genérica e abstrata, mediante a fixação de teses ou temas. Os precedentes, repise-se, são, na verdade, pontos de partida da argumentação jurídica.

Nesse sentido, é salutar trazer à baila o magistério de Lenio Streck, para quem

É preciso ter claro que precedentes com pretensões generalizantes já não são precedentes, isto é, no mínimo já não são precedentes naquilo que sempre se entendeu como “precedente”. Algo que precede, mas que só se aplica contingencialmente. Quem tem pretensão e poder de validade universalizante é apenas a lei. Até mesmo a súmula vinculante necessita, para ser aplicada, a verificação de seu DNA. Aliás, por qual razão o CPC acolheu a tese do distinguishing no artigo 489? Simples: porque precedentes e súmulas somente se aplicam a partir de uma reconstrução de sua história institucional. Fora disso seria entender os precedentes e seus “genéricos” (teses, enunciados) como proposições que contenham as questões fáticas. E voltaríamos ao século XIX, cindindo juízes de validade e de facticidade (STRECK, 2018, p. 83).

Por esses motivos, o art. 927 não prescreve um sistema de “precedentes”, como defendem alguns processualistas. Mas elenca provimentos que deverão ser observados pelo magistrado, por intermédio de um juízo comparativo que se pauta pela integridade e coerência. Repise-se: o CPC utiliza o verbo “observar”, e não “vincular”. E, além disso, não há em qualquer dispositivo do Código de Processo Civil indicação expressa de um sistema de precedentes vinculantes.

É prudente registrar, ainda, que o entendimento doutrinário que considera a existência de um sistema de precedentes automaticamente vinculantes, sob a óptica da argumentação aqui engendrada, não é compatível com o arcabouço constitucional

pátrio. Isso porque lei ordinária não tem o condão de alterar o modelo constitucional proposto pela Carta de 1988, que previu a vinculatividade apenas em alguns casos, dentre os quais, o art. 102, §2º e 103-A da CF – as decisões definitivas de mérito tomadas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, e as súmulas vinculantes, respectivamente.

Ante o exposto, questiona-se: qual seria, então, a *mens legis* do referido art. 927? Aderimos à proposta de alguns autores, como Lenio Streck (2018, p. 96), de conferir uma interpretação conforme a Constituição do artigo 927. O autor sustenta a aludida proposta em duas premissas:

1) todo provimento vinculante do artigo 927 comporta interpretação e não se aplica por mero silogismo; 2) precedente genuíno não se equipara a julgamento de litigiosidade repetitiva, e os Tribunais Superiores não podem fixar teses equiparando-se a legisladores, sendo que a fixação da tese é consequência direta dos casos concretos devidamente julgados em amplo contraditório e com a fiel observância do inciso IX do artigo 93 da CF e do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC (STRECK, 2018, p. 97).

Atente-se, ademais, para o fato de que, sim, decisões podem obrigar. E é importante que o façam, para a segurança jurídica e eficiência do sistema jurídico-processual, como se verá nos capítulos adiante. Mas essa obrigatoriedade deve ocorrer por coerência e integridade. Por isso, a expressão “observarão” está ligada e se vincula, “material e hermeneuticamente aos artigos 926 (coerência e integridade) e à 'quase-teoria da decisão' constante no artigo 489, parágrafo primeiro, do CPC” (STRECK, 2018, p. 82). Noutro dizer, a observação de precedentes jamais deverá ocorrer de forma automática ou subsuntiva.

Indo além, precedentes não podem vincular apenas pela sua autoridade, mas sim pelo seu conteúdo, à luz da argumentação de princípios já analisada. E o próprio CPC orienta esse tipo de racionalidade jurídica, como se verá a seguir.

3.3.2 O art. 926, §2º: a importância das circunstâncias fáticas na aplicação e formação dos precedentes

Mesmo as súmulas editadas pelos tribunais precisam, para o seu correto manejo, ver resgatados os casos que deram origem aos seus enunciados, para fins de contextualização, como visto, sob a orientação dos argumentos de princípios e do juízo comparativo com o caso concreto.

O próprio CPC, buscando evitar um uso equivocado e distorcido dos precedentes, instituiu que, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, consoante a dicção normativa do art. 926, §2º. Nessa mesma toada, o artigo 489, §1º, do CPC/2015 não se satisfaz com a mera repetição textual do precedente ou da súmula.

Com efeito, em prol de uma nova racionalidade decisória e em homenagem ao protagonismo que o precedente judicial vem exercendo na prática judiciária, ganham destaques as novas funções do relatório (art. 489, I) e o microssistema de litigiosidade repetitiva, que será analisado a seguir.

Sabe-se que, sob a égide do CPC/2015, na formação do precedente, será imperativo o enfrentamento de todos os argumentos relevantes da causa (arts. 489, §1º, IV; 927, §1º; 984, §2º), inclusive poupando os juízes submetidos à sua força gravitacional da necessidade de enfrentamento dos mesmos argumentos já analisados e julgados, salvo quando a parte trazer inovação relevante (NUNES; HORTA, 2015, p. 28).

O raciocínio por precedentes se dá, portanto, mediante comparação de casos. Como já dito, é uma obviedade que um caso semelhante deva ser julgado igual ao outro. A necessidade maior é encontrar modos racionalmente aceitáveis e legítimos para definir o que são casos semelhantes. Por isso, o CPC se preocupa em conferir especial relevância à observância das circunstâncias fáticas.

3.3.3 Microssistema de demandas repetitivas

Uma das grandes novidades do Novo CPC é a instauração do chamado *microssistema* de julgamento de demandas repetitivas. Ele está disposto no art. 928, que considera julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em recursos especial e extraordinário repetitivos. Conhecer o funcionamento desse microssistema é importante para compreender a importância do precedente judicial na prática judiciária.

Julgada uma decisão em repetitivo, as novas demandas propostas em desacordo com o entendimento podem ser liminarmente julgadas improcedentes (art. 332, II), por outro lado, se estiverem de acordo, o juiz poderá desde logo conceder tutela provisória de evidência (art. 311, II).

Além disso, no caso de a parte recorrer da decisão que aplica a tese do repetitivo, o eventual recurso interposto não terá efeito suspensivo (art. 1.012, §1º,

IV), o que possibilita a imediata execução provisória, que poderá ter dispensada a caução, à luz do que dispõe o art. 521, IV, CPC/2015.

Repise-se, aliás, que toda a operabilidade do microssistema de litigiosidade repetitiva deve ser orientada pelos conceitos e noções da doutrina do precedente. As teses firmadas devem sempre ser analisadas à luz dos fatos que as originaram. Em seguida, o juiz do caso presente, mediante um juízo comparativo, deve verificar as semelhanças e diferenças entre os casos para, só a partir daí, verificar se devem irradiar aqueles efeitos jurídicos dispostos ao longo do CPC.

Por fim, é prudente anotar que o julgamento de casos repetitivos, juntamente com as ações coletivas, constitui instrumento disponibilizado pelo direito brasileiro para tutelar situações jurídicas coletivas.

Nesse sentido, seguindo a linha de entendimento preconizada por Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr. (2018, p. 100), o julgamento de casos repetitivos pode ser considerado espécie de processo coletivo. Nesse contexto,

O julgamento de casos repetitivos tem por objeto a definição sobre qual a solução a ser dada a uma questão de direito (processual ou material, individual ou coletivo; não há restrições como aquelas decorrentes do art. 1º, par. ún., Lei 7.347/1985) que se repete em diversos processos pendentes. Esses processos podem ser homogêneos (têm por objeto litigioso questão de direito semelhante) ou heterogêneos (têm objeto litigioso dessemelhante, mas há questões comuns, normalmente processuais, que se repetem em todos eles – em todos se discute, por exemplo, se uma pessoa jurídica pode ser beneficiária da gratuidade da justiça, embora nos processos pendentes a discussão de fundo seja totalmente diferente) (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 100).

Feitas tais considerações em torno da doutrina do precedente judicial à luz do novo modelo dogmático inaugurado pelo Código de Processo Civil, consolida-se o arcabouço teórico que permite ingressar no estudo do ponto nodal do presente trabalho: a função nomofilática.

4 A FUNÇÃO NOMOFILÁCICA

Passa-se, agora, a analisar, de forma específica e minudente, uma importante inovação trazida pelo Código de Processo Civil 2015 e núcleo deste trabalho. Trata-se da *função nomofilácica*, cuja previsão expressa encontra-se no *caput* do art. 926, do CPC/15.

Cuida-se de termo cunhado pela doutrina e que indica o modo e a forma da linguagem que o novo CPC utiliza para dialogar com os precedentes e com a jurisprudência dos tribunais.

Não obstante o seu elevado grau de importância, a função nomofilácica ainda apresenta abordagem tímida na literatura jurídica brasileira. Por isso, buscaremos, neste capítulo, apresentá-la da forma mais detalhada possível, invocando a origem histórica do termo, o seu conceito, suas dimensões e seu significado à luz do referido art. 926.

4.1 ESCORÇO HISTÓRICO

A função nomofilácica deriva, etimologicamente, do termo “nomofilaquia”, palavra que, por sua vez, deriva dos vocábulos gregos “*nomos*” e “*phylasso*”, que significam, respectivamente, “lei” e “guarda”.

A ideia de nomofilaquia, conforme lição de Michele Taruffo (*apud* SALOMÃO, 2017, p. 64), foi introduzida em 1920, na Itália, por Piero Calamandrei e está explicada em sua obra “*La Cassazione Civile*”.

De acordo com o jurista italiano, a nomofilaquia seria destinada a “aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente” (CALAMANDREI, 1945 *apud* COSTA, 2008, p. 191).

Em páginas claríssimas da Cassação Civil, já em 1920, Piero Calamandrei sublinhava que a função de nomofilaquia da Corte de Cassação teria tido que se desenvolver, em conexão com a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da prolação de sentenças capazes não apenas de assegurar a exata interpretação do direito, mas também de impor esta interpretação como cânone de decisão dos casos sucessivos. Calamandrei apresentava a ideia de que a Corte de Cassação, uma vez unificada, torna-se aquilo que em termos modernos se chama de “corte de precedentes” e assim desenvolveria as suas funções e, em particular aquela de nomofilaquia, através de decisões capazes de orientar a jurisprudência sucessiva. Ele antecipava, em verdade, aquela que é hoje a função principal das cortes

superiores em muitos ordenamentos, de *common law* e de *civil law*, que é a de assegurar o controle de legitimidade através da fixação de precedentes destinados a projetar-se como pontos de referência sobre decisões dos outros juízes. Com fórmula sintética se pode falar de “nomofilaquia através do precedente”, justamente para indiciar que a função típica de uma corte superior é de assegurar o uniforme respeito à lei através de decisões “universalizáveis” e projetáveis para o futuro (TARUFFO, 2011, p. 7 *apud* SALOMÃO, 2017, p. 65).

Ou seja, a nomofilaquia relaciona-se à atribuição das cortes superiores de garantirem uma interpretação uniforme das normas, “proferindo decisões voltadas para o futuro e capazes de orientar e uniformizar a jurisprudência sucessiva” (TARUFFO, 2011 *apud* LUNELLI, 2013, p. 374).

Quando do seu nascimento, a noção de nomofilaquia remetia-se à ideia de que os órgãos de cúpula, enquanto últimos e mais altos intérpretes do Direito, deveriam desempenhar uma espécie de função disciplinar, proclamando a única e exata interpretação aceitável para a norma, a qual se encontraria latente no texto à espera de sua extração pelo intérprete (LUNELLI, 2013, p. 375).

Essa ideia de nomofilaquia identificada com a definição da interpretação exata, única e verdadeira por Cortes de Vértice, que seriam os órgãos de cúpula do Judiciário – baseada, portanto, mais em um argumento de autoridade do que de conteúdo – ficou conhecida, na doutrina processual e hermenêutica, como *nomofilaquia tradicional* ou *formalista*.

Todavia, no atual panorama hermenêutico do Direito, tal noção de nomofilaquia não mais se sustenta. Como se sabe, findo o processo legislativo, a norma não se encontra pronta e acabada, cabendo ao intérprete unicamente extraí-la. Isso porque a interpretação do Direito não se encerra apenas por meio da declaração de sentido do texto normativo, mas também a própria construção jurisdicional da norma, por meio do texto e dos fatos. A interpretação, portanto, é atividade constitutiva e não meramente declaratória.

Por isso, em contraposição à noção formalista, surgiu a nomofilaquia *tendencial* ou *dialética*, que seria caracterizada pela “liberdade interpretativa de cada juiz e escorada na premissa de que uma sociedade pluralista exige, também, uma corte suprema capaz de dar provas desse pluralismo” (LUNELLI, 2013, p. 376). Tal entendimento, todavia, seria uma contrafação à própria ideia de nomofilaquia, porque daria azo a cada vez mais interpretações incertas e variadas.

Prevalece, hoje, a ideia de nomofilaquia *interpretativa*. Isto é, com foco na atuação interpretativa das Cortes, dos Tribunais e órgãos colegiados, através do seu

papel de atualizadoras, colaboradoras e partícipes na construção normativa, que não se resume à mera extração da vontade do legislador.

No Brasil, foi o Código de Processo Civil de 2015 que, especialmente em seu artigo 926, sem correspondência nos códigos anteriores, incorporou ao seu texto a função nomofilática, cujo conceito e natureza jurídica abordaremos a seguir.

4.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

No seu sentido contemporâneo, a função nomofilática, consignada expressamente no *caput* do art. 926 do CPC/15, configura vetor de natureza principiológica que orienta a atuação das cortes e tribunais, galgando, com isso, a uniformidade da jurisprudência, através da observância dos deveres de integridade, coerência e estabilidade.

Preconiza o aludido artigo que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Isso quer dizer que a função nomofilática “está diretamente relacionada ao princípio da isonomia de tratamento judicial” (DESTEFENNI, 2017, p. 23), de modo que pessoas que se encontrem em situação fática idêntica não recebam respostas diferentes ou divergentes do Poder Judiciário.

É por isso que a função nomofilática implica, diretamente, no convencimento judicial, haja vista que foi extirpada do novo CPC a ideia de que o convencimento do juiz é absolutamente livre. A liberdade do convencimento judicial não é absoluta, porque ancorada na necessária observância da estabilidade e coerência das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Assevera Lenio Streck, em *Comentários ao Código de Processo Civil*, que

(...) uma melhor leitura do art. 926 indica que o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu, a não ser, é claro, que reconheça que os argumentos que construíram suas decisões anteriores estavam errados – ou simplesmente que, hoje, não fazem mais sentido. Não há – e não pode haver – compromisso com o erro. Arrependimentos institucionais fazem parte do jogo. Um exemplo parafraseado de Dworkin, de seu Império do Direito: por algum tempo o Judiciário vinha declarando que médicos, engenheiros etc. eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao Judiciário uma nova causa envolvendo, agora, a responsabilidade civil de causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as Cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da integridade do direito, a tal imunidade feria a igualdade. Logo, esta coerência deve ser quebrada pela integridade, passando também os advogados a responder civilmente.

Iniciando-se, portanto, outra cadeia argumentativa, que deverá ser coerentemente reconstruída dali em diante (STRECK, 2017, p. 1215).

Luiz Alberto Gurgel de Faria (2017, p. 1082), também comentando o referido artigo, ressalta a inovação trazida pelo CPC/15 ao prever expressamente a necessidade de uniformização da jurisprudência – comando que, não obstante estivesse presente indiretamente no art. 476 do CPC/73, jamais atingiu seu real desiderato nos digestos anteriores.

Com efeito,

(...) o NCPC tem um nítido propósito de romper tal paradigma, estimulando a uniformização da Jurisprudência: os casos idênticos devem obter decisões no mesmo sentido, trazendo previsibilidade, confiança, isonomia e segurança jurídica para os jurisdicionados. Não se pode admitir, por exemplo, em uma demanda de massa, que servidores públicos postulem o restabelecimento de uma gratificação “X”, obtendo êxito em determinados processos, enquanto outros, pleiteando o mesmo direito, tenham o pedido, ao final, julgado improcedente (WAMBIER, 2017, 1082).

Quanto à sua natureza jurídica, a função nomofilática comporta-se como verdadeiro *supraprincípio* do direito jurisprudencial. Isso porque essa função constitui uma engrenagem processual que, além de reunir as ideias centrais do raciocínio por precedentes – estabelecendo diretrizes e conferindo sentido lógico, racional e harmonioso –, também se comporta como princípio nuclear, de onde derivam os demais princípios que balizam a aplicação e interpretação dos precedentes no caso concreto, como é o caso dos princípios da coerência, integridade e estabilidade.

É preciso compreender, ainda, que, não obstante tenha a dicção normativa feito referência exclusivamente aos tribunais, esta função pode refletir seus efeitos jurídicos para além das cortes ou órgãos jurisdicionais colegiados. Ou seja, é possível falar em *dimensões* ou *perspectivas* da função nomofilática, que serão devidamente identificadas a seguir.

4.3 DIMENSÕES

4.3.1 Função nomofilática em sentido vertical

A sua dimensão será vertical quando o juiz sucessivo, observando as circunstâncias fáticas do caso concreto, coloca-se em um grau inferior na hierarquia judicial. Diz respeito, portanto, à relação que nasce entre o órgão que uniformizou a jurisprudência e o juiz do caso sucessivo.

Trata-se da perspectiva mais comum e mais conhecida da função nomofilática, tendo em vista a própria estrutura processual organizada pelo novo CPC, que exige de juízes e tribunais ordinários a constante observância dos verbetes sumulares enunciados pelas cortes superiores, das teses fixadas em recursos repetitivos, etc.

Consubstancia, portanto, verdadeiro poder-dever do juiz do caso sucessivo em prezar pela integridade, coerência e estabilidade da jurisprudência que fora estabilizada pelos tribunais.

4.3.2 Função nomofilática em sentido horizontal

No cenário jurídico brasileiro atual, talvez a dimensão horizontal da função nomofilática seja aquela que exija maior compreensão e detalhamento, para que seja melhor observada e respeitada.

Vivemos hoje, sobretudo nos tribunais superiores – e, destes, o maior exemplo é o Supremo Tribunal Federal – verdadeira *jurisprudência lotérica*, em que os próprios ministros tendem a esquivar-se de aplicar a jurisprudência estabilizada da corte que integram⁵. Esquecem-se, assim, que, em um tribunal, as vozes individuais devem ceder em favor de uma voz institucional, objetiva, desvinculada das diversas interpretações jurídicas possíveis.

Daí se extrai a importância da dimensão horizontal da função nomofilática, pois direciona-se especificamente aos tribunais e órgãos colegiados, bem como às turmas recursais, exigindo de seus integrantes o respeito máximo à jurisprudência estabilizada, mantendo-a íntegra, coerente e estável.

Ou seja, depreende-se, *prima facie*, que uma vez estabilizada a jurisprudência ou firmados os precedentes, devem os tribunais observá-los, salvo quando presentes razões que justifiquem a sua revisão.

Fato é que, em todo tribunal ou órgão colegiado, a sua relação com o precedente é marcada por constante conflito entre permanência e continuidade, de

⁵ Veja-se, a título de exemplo, o imbróglio envolvendo a constitucionalidade da execução de pena privativa de liberdade após o julgamento em segunda instância, no Supremo Tribunal Federal. Não obstante os sucessivos julgamentos realizados pelo Pleno do STF que, por maioria, fixou tese de repercussão geral no sentido da constitucionalidade da execução provisória da pena, até meses atrás, se um *habeas corpus* contra a prisão em 2ª instância caísse para a Segunda Turma do STF, a ordem era concedida, pois já havia maioria consolidada naquela turma nesse sentido – mesmo contrariando o entendimento do próprio Pleno. Já se o mesmo HC fosse julgado pela Primeira Turma, a ordem seria denegada. Trata-se de verdadeira jurisprudência lotérica, o que viola sobremaneira o princípio da segurança jurídica em todas as suas facetas.

um lado, e a adequação, evolução e aperfeiçoamento do Direito, de outro. O que a função nomofilática em dimensão horizontal procura evitar são situações como as levadas a efeito pela referida jurisprudência lotérica.

Nesse sentido, “espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião” (SCHAUER, 2012, p. 37).

Portanto, “o respeito à jurisprudência deve começar pela própria corte que a formou, pois a adoção de decisões distintas para lides análogas acarreta instabilidade no sistema e estimula a litigiosidade” (WAMBIER, 2017, p. 1082).

A horizontalidade da função nomofilática configura, pois, importante instrumento para a segurança jurídica, servindo de baliza para a atuação, sobretudo, das cortes superiores, acautelando a garantia da previsibilidade e da não surpresa, e do dever de *accountability* em relação à própria Constituição. Isso porque, dentro do tribunal, há uma zona de fronteira que divide o espaço para as percepções individuais e o espaço para a razão institucional da jurisprudência estabilizada pelo voto majoritário da corte.

4.4 PRINCÍPIOS

A função nomofilática preconiza o atendimento simultâneo a três preceitos que, juntos, têm o condão de garantir a segurança jurídica no processo de raciocínio por precedentes. O CPC/15 assinala-os expressamente, quais sejam: o dever de coerência, de integridade e de estabilidade, que serão melhor detalhados a seguir.

4.4.1 Dever de coerência

A *coerência*, para fins de eficácia da função nomofilática, deve ocorrer mediante a aplicação, para casos idênticos, dos mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões anteriores. Ela “assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário” (STRECK, 2016).

Noutro dizer, *coerência* se relaciona com a concatenação lógico-racional que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. “Trata-se de um ajuste que

as circunstâncias fáticas do caso devem guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento” (STRECK, 2017, p. 1215).

Nesse sentido, é enriquecedor o magistério de Ravi Peixoto, que observa

Um aspecto relevante da coerência é o de que ela impõe, em cada decisão, uma dupla implicação: o tribunal deve decidir com base em fundamentos que ele esteja disposto a adotar para decisões semelhantes em casos futuros e, da mesma forma, impõe que hoje ele deve levar em conta as decisões em casos semelhantes no passado (autorreferência). Ou seja, são dois tempos em uma mesma decisão – isso tudo sem levar em conta o caso concreto – aspecto primordial do exercício da jurisdição (PEIXOTO, 2018, p. 167).

Em síntese, o que a coerência busca é salvaguardar o processo decisório de contradições lógicas dentro dos diversos posicionamentos de um mesmo tribunal.

4.4.2 Dever de integridade

A exigência da integridade, incorporada ao CPC pelo citado art. 926, reporta-se ao respeito à autoridade dos precedentes, que devem dialogar com o Direito. Ou seja, está conectada com a necessidade de se buscar a unidade do ordenamento jurídico, que consiste na “exigência de que o intérprete opere por meio de relações entre a parte e o todo, mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade” (PEIXOTO, 2018, p. 167).

Na lição de Lenio Streck,

(...) integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. De algum modo, a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas. A igualdade política exige que coerência e integridade sejam faces da mesma moeda (STRECK, 2017, p. 1215).

O que se quer dizer é que a *integridade* busca articular o precedente com a macroestrutura normativa da qual emanou, por meio de referência principiológica calcada na lei, na Constituição e na jurisprudência.

É interessante a relação que Ravi Peixoto (2018, p. 168) faz entre o dever de integridade e a superação dos precedentes, o que demonstra, *prima facie*, que ao contrário do que se possa conceber – conforme se verá nos capítulos seguintes – a função nomofilática, quando bem compreendida e devidamente aplicada, não procura engessar a jurisprudência e nem serve como instrumento para a criação de um sistema de precedentes, em que o juiz aplica o precedente de forma automática.

Nesse sentido, aduz o autor que

A própria integridade pode servir como elemento para permitir a superação de precedentes. Afinal, pode chegar um momento em que o precedente, embora obedeça aos deveres de uniformidade, estabilidade e coerência, deixe de respeitar a exigência de integridade, em face da desatualização do entendimento outrora adotado (PEIXOTO, 2018, p. 168).

Assim, “a integridade é antitética ao livre convencimento (expungido do CPC). A ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade” (STRECK, 2017, p. 1215). A integridade busca exigir uma aplicação do direito com base nas regras e princípios que formam o ordenamento, tratando a todos os casos equanimente.

Como arremata Streck (2017, p. 1216), exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador não pode dar um “drible hermenêutico” na causa ou no recurso, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”.

4.4.3 Dever de estabilidade

A exigência da estabilidade estaria relacionada à manutenção de um entendimento específico. Afinal, num ordenamento jurídico que se pretenda valorizar o papel dos precedentes, é *conditio sine qua non* que os precedentes, para que possam orientar a conduta dos jurisdicionados e dos aplicadores do direito, sejam estáveis, não sendo prudente que o tribunal prolator do precedente altere o tempo todo o seu entendimento.

A manutenção do posicionamento traz diversas vantagens para o próprio Poder Judiciário, tais como: i) economia judicial, no sentido de que o tempo dos juízes seja gasto com análise de questões novas, ainda sem precedentes fixados, sem ter que rediscutir a todo momento os mesmos temas; ii) impessoalidade do direito, no sentido de que, se a percepção é a de que as decisões não mudam a depender da composição do tribunal, tem-se o fortalecimento do Estado de Direito. Mais ainda, valoriza o Poder Judiciário enquanto instituição, fazendo com que se torne menos importante as características pessoais do juiz (PEIXOTO, 2018, p. 165).

Como se verá adiante, também o dever de estabilidade não induz o engessamento da jurisprudência. Cuida-se, na verdade, de vetor principiológico no sentido de evitar as bruscas e infundadas alterações dos precedentes, que necessitam de estabilidade e uniformidade para exercerem seu papel.

5 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO BASILAR DO DIREITO

5.1 CONCEITUAÇÃO

A segurança jurídica consubstancia um dos valores basilares e garantidores de qualquer sistema jurisdicional. Isto porque, em uma sociedade dinâmica e complexa, como a atual, o Direito se revela como um dos principais redutores dos conflitos e indutores de harmonia social.

A complexidade de uma sociedade multifacetada vem acompanhada de novos conflitos cuja reparação e/ou prevenção antes não estava prevista no ordenamento, reclamando do Direito, portanto, a adequada e necessária atualização frente àquela nova realidade.

Nesse contexto, uma das respostas estatais ao aumento da complexidade social é a inflação da produção normativa. Surgem, daí, novas leis⁶, cada vez mais específicas e detalhadas, com o fito de disciplinar o leque de novas situações inauguradas pelos mais variados espectros sociais.

A ampliação do acervo legislativo gera elevação dos elementos, estruturas e institutos jurídicos, o que contribuiu para que a máquina jurídica eleve, porquanto, a sua própria complexidade. É o que consigna Ravi Peixoto:

O problema é que a criação de expectativas normativas implica a produção de um número elevado de novos elementos e de estruturas jurídicas. Ou seja, para reduzir complexidade eterna, o sistema jurídico precisa elevar sua própria complexidade. Daí se cria um círculo vicioso de aumento contínuo da complexidade jurídica. (...) Não é por acaso que os juristas, a partir de uma nova percepção do fenômeno jurídico, passam a se preocupar com o tema da segurança jurídica. (...) [isso porque] O fenômeno jurídico é muito mais complexo do que a legislação, o direito positivo é muito mais do que os textos da lei. Torna-se mais difícil definir exatamente o que deve ser previsto (PEIXOTO, 2018, p. 33 a 36).

É inegável, portanto, o protagonismo que precisa exercer a segurança jurídica para a própria existência e legitimidade do sistema jurídico. Cuida-se do “objetivo maior de qualquer ordenamento jurídico, revelando-se como um dos princípios mais importantes do direito” (SALOMÃO, 2017, p. 66).

⁶ A título de curiosidade, em pesquisa realizada por Rodrigo da Silva (2018, p. 25), constatou-se que, no Brasil, a cada 24 horas são produzidas dezoito novas leis no país. Entre 2000 e 2010, considerando decretos federais e legislações ordinárias e complementares estaduais e federais, os legisladores produziram a incrível marca de 75.517 leis e decretos. De acordo com levantamento do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), de outubro de 1988 a setembro de 2016, o Brasil editou 5.471.980 normas. Uma média de 769 normas por dia útil.

O problema que se coloca é outro. Isto é, para além de reconhecer a importância e altivez da segurança jurídica, é preciso, para que ela tenha eficácia, conhecer e assenhorar-se do seu significado.

Em termos jurídicos, a doutrina e a jurisprudência não conseguem trabalhar adequadamente com a segurança jurídica, que se torna um conceito extremamente confuso, aumentando o grau de insegurança. Quais os fundamentos, natureza jurídica, eficácias, conceito e elementos da segurança jurídica? Em geral, limita-se a doutrina a afirmar ser ela um fundamento do Estado de Direito que impõe a estabilidade do ordenamento jurídico. Afirmar que a segurança jurídica é apenas fundamento, ou que ela é um superprincípio gera apenas mais confusão. Isso em nada ajuda no aumento da previsão dos atos e fatos daqueles sujeitos à regulação jurídica (PEIXOTO, 2018, p. 42).

Por isso, trataremos de consignar, a seguir, um conceito satisfatório de segurança jurídica, coerente com a problematização engendrada pelo presente trabalho.

Uma definição robusta de segurança jurídica foi balizada pelo trabalho de Norberto Bobbio, para quem a segurança jurídica seria um elemento constitutivo do direito. “Ou ele é seguro, ou não é direito, não sendo possível imaginar a existência de um ordenamento jurídico que não seja capaz de produzir, ao menos, um mínimo de certeza” (BOBBIO, p. 150-151 *apud* PEIXOTO, 2018, p. 44). A segurança, portanto, não poderia ser vista de forma absoluta, mas gradual.

A fundamentação bobbiana indica que, não obstante seja impossível a prévia e absoluta fixação de sentido unívoco aos textos normativos, essa situação não dificulta nem impede a altivez, a eficácia e o protagonismo da segurança jurídica no sistema.

Ante o exposto, podemos definir segurança jurídica como um megaprincípio do Direito, que tem por objetivo assegurar a estabilidade das relações já consolidadas, frente à inevitável evolução do ordenamento jurídico, tanto em nível legislativo quanto jurisprudencial.

Todavia, a simples definição não satisfaz a compreensão da segurança jurídica na sua completude, haja vista tratar-se de um fenômeno de caráter multifacetado, como se verá a seguir.

5.2 SEGURANÇA JURÍDICA: UM FENÔMENO MULTIFACETADO

Para delimitar o âmbito de atuação e influência da segurança jurídica, é fundamental que se tenha noção a que face da segurança se está fazendo referência.

Isso porque, como bem pontuou Ravi Peixoto (2018, p. 46), podemos observar o princípio da segurança jurídica sob três pontos de vista: como fato, como valor e como norma.

Trata-se de um inegável diálogo com o tridimensionalismo desenvolvido no Brasil por Miguel Reale, que percebeu que feições complementares entre si formam a macroestrutura jurídica, quais sejam o aspecto normativo, aspecto fático e aspecto axiológico.

A segurança jurídica, portanto, não escapa desta visão, “havendo três aspectos diversos em sua delimitação que serão relevantes para a sua determinação em cada ordenamento jurídico” (PEIXOTO, 2018, p. 47).

5.2.1 Segurança jurídica como fato

Ao reportarmos a segurança jurídica como fato, “a preocupação parte para a constatação acerca da possibilidade difusa de previsão das consequências jurídicas dos atos e fatos pelos sujeitos de Direito” (PEIXOTO, 2018, p. 47).

O que se quer dizer é que a segurança jurídica analisada sob o viés fático demanda uma gradação, isto é, dependerá da observação da realidade, a qual, por sua vez, implicará na maior ou menor previsibilidade do ordenamento jurídico subjacente.

5.2.2 Segurança jurídica como valor

Além de poder ser analisada sob o viés fático, é possível compreender a segurança jurídica através de uma perspectiva axiológica. A segurança jurídica como valor reflete os estigmas e as marcas adotadas e carregadas por uma sociedade, que varia de acordo com a evolução de seus fatores históricos, sociais, culturais, demográficos, políticos e econômicos.

Nessa concepção,

(...) a segurança é inserida em uma série de outros valores, que precisam ser compatibilizados, conformação que dependerá do momento histórico e da sociedade na qual ocorra a análise. Seria detentora das características dos valores, quais sejam, a bipolaridade, a implicação, a referibilidade, a incomensurabilidade, a graduação hierárquica, a objetividade, a historicidade e a inexauribilidade (PEIXOTO, 2018, p.49).

Com efeito, através deste ângulo de visão é possível dessumir que a segurança jurídica sob a faceta axiológica está conectada, sobretudo, com a possibilidade de

permitir aos sujeitos de direito uma previsibilidade mínima das consequências de seus atos e omissões.

5.2.3 Segurança jurídica como norma

Sob o ponto de vista normativo, a doutrina tende a agasalhar a segurança jurídica como um *princípio*.

Atuando como princípio, a segurança jurídica atuará efetivamente dentro do direito, participando diretamente da moldagem da solução dos casos concretos e abstratos no Poder Judiciário.

A sua inserção na argumentação jurídica “irá conformar a tomada de decisões, a exemplo da eficácia temporal na superação de precedentes, que podem requerer uma modelagem diversa da tradicional eficácia retroativa” (PEIXOTO, 2018, p. 50-51).

Em arremate, é importante consignar que o princípio da segurança jurídica atuará na construção e criação de outras regras e, também, de outros princípios.

5.3 INDICADORES DA SEGURANÇA JURÍDICA

No que tange aos elementos indicadores de segurança jurídica, adotaremos aqui a classificação proposta também por Ravi Peixoto, em sua obra “*Superação do Precedente e Segurança Jurídica*”, em razão da completude desta perspectiva, que muito ajudará na compreensão da tese do presente trabalho. A estrutura organizada pelo referido autor identifica aspectos materiais e aspectos objetivos dos indicadores de um ordenamento jurídico seguro.

5.3.1 Aspectos materiais

É possível identificar, dentro dos aspectos materiais, indicadores de ordem estática e aspectos de ordem dinâmica.

Dentre os aspectos de ordem estática está a *cognoscibilidade*. Esse elemento material da segurança jurídica dialoga com a necessidade de conhecimento do direito por quem a ele esteja subordinado. A cognoscibilidade tem, portanto, “o objetivo de permitir aos sujeitos de direito a capacidade de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo” (PEIXOTO, 2018, p. 51). É aspecto de ordem estática porque

esta cognoscibilidade insere-se numa perspectiva estática e estrutural do Direito, sob o ponto de vista de uma “segurança de orientação”.

Em termos gerais, a cognoscibilidade é ligada a um primeiro momento da segurança jurídica. Ela se preocupa com os textos normativos em vigor e a sua capacidade de orientação para com os seus destinatários, em suma, com a estrutura do direito. Aqui ela demanda uma espécie de correção estrutural do direito que é realizada por meio de uma formulação e coordenação adequada entre os textos normativos do ordenamento jurídico (LUÑO, 2010, p. 28 *apud* PEIXOTO, 2018, p. 54).

A cognoscibilidade consubstancia-se, portanto, na preocupação, em geral, tanto com a acessibilidade formal das fontes normativas, como com o seu caráter material. Explica-se.

É pelo conteúdo da cognoscibilidade que se exige a publicidade e transparência das fontes do direito formal. Ou seja, a legislação e as decisões precisam ser disponibilizadas para os sujeitos de direito, uma vez que, com isso, é possível que o destinatário tenha acesso ao seu teor, para que tome conhecimento da sua existência.

Ao lado desta acessibilidade formal, o acesso material também é importante. Isto é, é preciso que os textos normativos e as decisões sejam confeccionados em linguagem clara e precisa, impedindo que o texto seja completamente escrito através de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Os textos jurídicos, ao serem escritos de forma clara, precisa, rigorosa e exata, atuam na promoção da segurança jurídica ao permitir que os seus destinatários reconheçam o âmbito de aplicação e os seus possíveis resultados, mas, ao mesmo tempo, dificultam sua adaptação às mudanças na sociedade. Menciona a doutrina ainda a tendência de diminuição da litigiosidade, gerada pela diminuição de conflitos quanto à interpretação de consequências normativas e à diminuição do campo de abertura interpretativa (PEIXOTO, 2018, p. 53).

Para além desta preocupação de ordem estática, é preciso considerar que o Direito não é um fenómeno imutável. Ao contrário, é processo de constante adaptação social, submetido a frequentes trocas de influência entre o direito e as demais esferas do conhecimento.

Por isso, os elementos da *confiabilidade* e da *calculabilidade* inserem-se na perspectiva dinâmica dos indicadores materiais da segurança jurídica, voltados a uma “segurança de realização” do direito, na expressão referida por Daniel Mitidiero (MITIDIERO, 2015, p. 22-23).

A acepção da confiabilidade é “utilizada na perspectiva retroativa com o enfoque nas conquistas do passado e que devem permanecer no presente” (PEIXOTO, 2018, p. 56).

Noutro dizer, a confiabilidade, uma vez dirigindo-se à permanência do passado, conecta-se a institutos jurídicos que irão atuar na estabilização das relações jurídicas, “impedindo que certas modificações jurídicas sejam realizadas” (PEIXOTO, 2018, p. 57), caso das cláusulas pétreas, da prescrição e decadência, da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

A calculabilidade, por seu turno,

é a perspectiva da segurança jurídica voltada para o futuro, relacionada com a capacidade de antecipação do espectro de consequência aplicáveis a atos e fatos e o espectro de tempo dentro do qual será a consequência aplicada (ÁVILA, 2011, p. 587-588).

Noutro dizer, ela tem foco na transição entre o presente e o futuro, com a forma, marcha e ritmo das mudanças. Isto é,

(...) uma vez que a confiabilidade está vinculada às situações de permanência, em que a situação jurídica deve ser preservada, a calculabilidade volta-se à mudança e às suas consequências na esfera jurídica dos indivíduos. No caso, a mudança irá ocorrer, afetará os sujeitos de direitos, mas, mesmo assim, é importante perquirir como será realizada e se ela não terá um caráter por demais brusco, que venha a violar a segurança jurídica (PEIXOTO, 2018, p. 58).

Em suma, para que o sujeito de direito possa antecipar os efeitos jurídicos dos seus atos, o ordenamento jurídico deve resguardar os atributos de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, indicadores materiais de um sistema jurídico minimamente seguro.

5.3.2 Aspectos objetivos

Referem-se àqueles elementos que buscarão consignar um conceito gradual de segurança jurídica – “mais ou menos” –, e não um conceito bivalente, do tipo “sim ou não”.

Para tanto, como assevera a precisa lição de Ravi Peixoto, os indicadores objetivos são aqueles que respondem às seguintes perguntas: “a) quem são os sujeitos da segurança jurídica?; b) que coisa deve ser prevista?; c) como deve ser elaborada a segurança jurídica?; d) quanto de segurança?” (PEIXOTO, 2018, p. 59).

É comum reportar-se unicamente aos cidadãos como sujeito ativo da segurança jurídica. Tal pensamento, no entanto, é equivocado. A segurança jurídica dirige-se aos sujeitos de direitos como categoria geral, incluindo aí o direito para além do direito estatal, incluindo os sujeitos sem personalidade.

O segundo questionamento, que visa investigar o objeto da segurança jurídica, relaciona-se com a “capacidade de previsão da ação ou inação de um terceiro como consequência de um ato ou fato comissivo ou omissivo do sujeito de direito e que seja juridicamente relevante” (PEIXOTO, 2018, p. 63). Aqui se inserem as decisões judiciais, atos administrativos ou textos normativos.

Ressalte-se, aliás, que a conduta a ser prevista não está limitada às decisões judiciais ou a atos estatais. Ela também está voltada à atuação dos particulares, sobretudo pelos contratos, como é o caso da exigência de boa-fé na relação contratual e da proibição de *venire contra factum proprium*.

Outro aspecto objetivo da segurança jurídica concatena-se com a forma de previsão da segurança jurídica. Ou seja: como prever? Isso porque o mero conhecimento dos textos normativos, não obstante seja um ponto de partida relevante para a existência da previsibilidade dos sujeitos de direitos, não é capaz de abarcar todo o fenômeno jurídico. Nem mesmo o conhecimento dos entendimentos jurisprudenciais e da doutrina o é.

No magistério de Peixoto,

(...) o conhecimento do modo de atuação do direito naquele determinado ordenamento jurídico é um fator com mais possibilidade de aumentar o grau de previsibilidade. O conhecimento do direito *efetivo* pode ser alcançado por meio de conhecimentos fáticos. Assim, o conhecimento das decisões jurisprudenciais, mesmo que não sejam vinculantes, aumenta a possibilidade de o sujeito de direito ser capaz de calcular as consequências jurídicas dos seus atos. As questões fáticas relativas ao direito devem ser de conhecimento difuso, acessível a todos para que se possa considerar que o grau de calculabilidade é maior. Certas questões que, aparentemente, atuam diretamente contra a segurança jurídica podem, de certa forma, promovê-la. Se um determinado ordenamento jurídico ou setor deste é reconhecidamente corrupto, afeto a influências externas, a fatores ideológicos etc, casos esses fatores sejam de conhecimento público, tornam-se mais um fator de previsibilidade (PEIXOTO, 2018, p. 67) (grifo do autor).

Assim, a forma de previsão deve ser levada a efeito por intermédio de todo e qualquer modo que tenha a capacidade de ampliar as chances de sucesso de acertá-la, independentemente de sua natureza jurídica ou extrajurídica.

Por fim, o quarto e último elemento objetivo relaciona-se com o grau de previsibilidade. Cuida-se, aqui, de aspecto objetivo quantitativo, que costuma ser dividido, pela doutrina, em dois pontos de vista: um vertical e outro horizontal.

O aspecto vertical faz referência tanto ao sucesso das previsões, como a sua extensão no tempo. “Seria composto por elementos como a atendibilidade, a acurácia e a extensão no tempo das previsões” (GOMETZ, 2012, p. 269). A atendibilidade se relacionaria com a inserção da consequência jurídica em uma determinada gama de resultados. Já a acurácia refere-se a maior ou menor amplitude desses resultados.

O aspecto horizontal, por seu turno, dirige-se a verificar como a previsão se comporta a depender de quem pode prever, partindo da observação de quão difusa é a previsibilidade no grupo que esteja em observação.

5.4 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

O princípio da segurança jurídica está implícito na Constituição Federal, em seu art. 1º, sendo alicerce do próprio Estado de Direito. Conforme preleciona Rafael Bertão (2016, p. 9), a segurança jurídica é reflexo do princípio da confiança, que, sob ponto de vista deontológico, exige transparência e boa-fé dos operadores do direito.

Cuida-se do que parte da doutrina (ÁVILA, 2011, p. 135) chama de fundamentação dedutiva da segurança jurídica. Isto é, através da dedução, a segurança jurídica seria uma decorrência lógica do próprio Estado de Direito, que, ao apresentar um aspecto *formal* – correlato com a separação dos Poderes, hierarquização das normas e proteção jurisdicional – e um aspecto *material* – proteção de direitos fundamentais –, dependeria da segurança jurídica para a própria existência e efetividade desses aspectos.

Contudo, há corrente doutrinária minoritária que sustenta que “o princípio da segurança jurídica foi consagrado de forma expressa pelo constituinte” (PEIXOTO, 2018, p. 73), com indicações no preâmbulo e no art. 5º, CRFB/88, sobretudo no que se refere à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF).

Apontam-se, ainda, os seguintes dispositivos constitucionais como exemplos da previsão expressa da segurança jurídica: o inciso II, do art. 5º constitucional, que, preconizando a regra da legalidade, promove o ideal de cognoscibilidade; ao prever que compete ao STJ a fixação da interpretação da legislação federal (art. 102, III, “a”

e "b") e a uniformização do entendimento dos tribunais (art. 102, III, "c") também seria exemplo de previsão tópica da segurança jurídica.

Essa vertente doutrinária parte de um raciocínio ou fundamentação indutivos da segurança jurídica, a partir da compreensão de que diversos textos normativos constitucionais fortaleceram, ainda que indiretamente, o princípio em deduzir.

6 REFLEXOS DA FUNÇÃO NOMOFILÁCICA NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Como exposto nos capítulos anteriores, a função nomofilática destina-se a aclarar e integrar o Direito Jurisprudencial, para que haja uma aplicação coerente, estável e íntegra dos precedentes, tanto numa perspectiva vertical (das cortes superiores para os juízes e tribunais ordinários) quanto numa perspectiva horizontal (dentro do próprio tribunal).

Por isso, é possível aduzir, *prima facie*, que a função nomofilática assegura a isonomia de tratamento judicial, garantindo, portanto, a segurança jurídica. Contudo, esta função também pode se portar, paralelamente, como contundente elemento de fomento à insegurança jurídica. Isso porque o art. 926, do CPC/15, no panorama doutrinário e jurisprudencial atual, vem sofrendo uma leitura equivocada no que toca à sua *mens legis*, o que provoca um duplo desvirtuamento da função nomofilática ali normatizada.

Nesse contexto, buscaremos perquirir a identidade, causas e consequências deste duplo desvirtuamento da função nomofilática e, em seguida, apresentar propostas para que ela possa ser manejada de forma correta e, com isso, vir a cumprir o seu real papel.

6.1 PANORAMA ATUAL: O DUPLO DESVIRTUAMENTO

De uma leitura e interpretação equivocadas acerca da função nomofilática decorrem vícios que subvertem a real proposta do comando normativo insculpido no art. 926, CPC.

É dessa leitura equivocada que emana o que decidimos chamar aqui de “duplo desvirtuamento” da função nomofilática. Isso porque ora esta função é completamente desconsiderada pelos aplicadores do Direito, ora é levada à risca, mediante uma interpretação literal, dissociada de outros raciocínios jusfilosóficos, constitucionais e legais.

Esses dois comportamentos supramencionados – e presentes na prática judiciária brasileira atual – ensejam que um instituto pensado para a construção e o aprimoramento da segurança jurídica torne-se, ao revés, um nocivo indutor de insegurança jurídica. É necessário, portanto, identificá-los e compreendê-los.

6.1.1 A desconsideração teleológica da função nomofilática no raciocínio por precedentes

Pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018), a respeito do perfil da magistratura pátria, indicou que a maioria dos juízes, de primeira e de segunda instâncias, entende que os magistrados não deveriam seguir o sistema (sic) de súmulas e precedentes vinculantes (sic).

Para aferir o grau de concordância de magistrados de primeiro e segundo grau, bem como de ministros de tribunais superiores, a pesquisa apresentou aos juízes entrevistados a seguinte proposição: *“O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes”*.

Quando entrevistados, os juízes de primeiro grau em atividade assim se posicionaram:

Tabela 1 – Juízes de primeiro grau em atividade

Opções	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	Total
Discorda muito	593 24,4%	76 39,8%	17 13,4%	1 6,7%	687 24,4%
Discorda pouco	559 23,0%	57 29,8%	26 20,5%	3 20,0%	645 23,3%
Concorda pouco	802 33,0%	41 21,5%	42 33,1%	7 46,7%	892 32,3%
Concorda muito	476 19,6%	17 8,9%	42 33,1%	4 26,7%	539 19,5%
Total	2430 100%	191 100%	127 100%	15 100%	2763 100%

Fonte: AMB – Associação Brasileira de Magistrados (2019, p. 111)

Com relação aos juízes de segundo grau em atividade, os resultados foram:

Tabela 2 – Juízes de segundo grau em atividade

Opções	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	Total
Discorda muito	81 27,7%	8 53,3%	8 23,5%	0 0,0%	97 28,0%

Discorda pouco	62 21,2%	3 20,0%	6 17,6%	1 16,7%	72 20,7%
Concorda pouco	97 33,2%	3 20,0%	14 41,2%	4 66,7%	118 34,0%
Concorda muito	52 17,8%	1 6,7%	6 17,6%	1 16,7%	60 17,3%
Total	292 100%	15 100%	34 100%	6 100%	347 100%

Fonte: AMB – Associação Brasileira de Magistrados (2019, p. 111)

E, por fim, quanto aos ministros de tribunais superiores, os dados obtidos foram:

Tabela 3 – Ministros de tribunais superiores

Opções	Número absoluto	Porcentagem
Discorda muito	8	40,0%
Discorda pouco	1	5,0%
Concorda pouco	5	25,0%
Concorda muito	6	30,0%
Total	20	100%

Fonte: AMB – Associação Brasileira de Magistrados (2019, p. 112)

Com efeito, analisando os dados, é possível deduzir que, de acordo com a pesquisa, aproximadamente 52% dos juízes de primeiro grau entendem que não devem se pautar por jurisprudência. Quanto aos ministros de tribunais superiores, 55% dos vinte entrevistados concordam que o magistrado deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes.

Os dados da referida pesquisa corroboram a primeira face do desvirtuamento da função nomofilática, qual seja, a chapada desconsideração das finalidades do texto normativo contido no art. 926, *caput*.

Noutro dizer, há certo afastamento de parcela considerável da magistratura, em todos os graus de jurisdição, em construir um sistema jurídico que possa funcionar por, e com, coerência e integridade.

Analisando a pesquisa mencionada, o professor Lenio Streck asseverou:

A pesquisa desnuda um problema grave, que já era do conhecimento da comunidade jurídica. E aí reside o nó: exatamente por isso é que o sistema é fragmentado e há tantos recursos. Isso gera jurisprudência defensiva. É um

círculo vicioso. Se as decisões não são coerentes umas com as outras e não obedecem uma integridade vertical, parece óbvio que aumenta a insegurança jurídica (STRECK, 2019, p. 2).

Como visto anteriormente, a função nomofilática tem direção binária: dirige-se tanto aos próprios tribunais criadores da jurisprudência, quanto aos juízes e tribunais hierarquicamente inferiores. O que a pesquisa evidencia é a desconsideração da perspectiva vertical da função nomofilática pelos juízes e tribunais ordinários, que provavelmente interpretam o art. 926 como dirigidos única e exclusivamente aos tribunais superiores, por serem estes os responsáveis pela uniformização da interpretação do Direito. E, simultaneamente, os ministros de tribunais superiores desconsideram a função nomofilática na sua perspectiva horizontal, por entenderem, ao que parece, que o comando do art. 926 dirige-se, sobremaneira, aos juízes e tribunais de primeiro e segundo grau.

Ou seja, são interpretações equivocadas da função nomofilática – especificamente da sua finalidade, isto é, da *mens legis* do texto do art. 926 – que provocam o seu próprio desvirtuamento, levando a situações como essas que, notadamente, infligem a segurança jurídica. Cuida-se, pois, não de uma desconsideração absoluta, de esquecimento ou afastamento do texto normativo, mas de uma desconsideração estritamente teleológica, onde se deixa de perquirir o real sentido e para que serve a norma ali posta.

6.1.2 Função nomofilática: passaporte para um “neoexegetismo”?

Porém, não é apenas a desconsideração da função nomofilática que promove o seu desvirtuamento. A interpretação literal do dispositivo, ao lado da ausência de delimitação desta função, tem o condão de provocar o engessamento da jurisprudência, por relegar aos juízes e tribunais ordinários o papel de meros aplicadores das decisões fixadas pelos tribunais superiores.

Ou seja, sobretudo para os precedentalistas, o que o art. 926 vem buscar é a funcionalidade daquele “sistema” de precedentes instituído pelo art. 927. Isto é, para que sejam cumpridos os deveres de estabilidade, coerência e integridade, os juízes e tribunais ordinários devem seguir todos os precedentes do rol do art. 927. É essa a ideia defendida por precedentalistas como Marinoni, Mitidiero e Arenhart. Senão, vejamos:

(...) os juízes e tribunais interpretam para decidir, *mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas*. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, *estão obrigados perante o precedente* (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2015, p. 105) (grifos nossos).

Como bem traduziu Lenio Streck, o que se está buscando é

outorgar eficácia vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, a quem caberia a função de interpretar e estabelecer o sentido dos textos normativos, ficando os demais juízes e tribunais obrigados a seguir (independentemente do seu conteúdo) os supostos “precedentes”, na medida em que sua função se resumiria à de aplicá-los (STRECK, 2018, p. 44).

Nesse mesmo sentido, traz-se à colação o magistério de Dierle Nunes, Humberto Theodoro e Alexandre Bahia, para quem

(...) os juízes de primeiro grau e os Tribunais são relegados a um papel de autômatos do sistema em face da fixação de pautas decisórias e decisões padrão pelos Tribunais Superiores, de modo que são compelidos a tão somente repeti-las sem possuir a menor infraestrutura para proferir decisões maturadas e forjadas no debate processual (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 24).

Trata-se de um perigoso comportamento. Isso porque essa tendência de padronização decisória induz, inexoravelmente, ao engessamento do Direito e da jurisprudência.

Como vimos, um dos aspectos materiais da segurança jurídica é a calculabilidade, que é o seu componente em perspectiva dinâmica, voltada às mudanças sociais e suas consequências na esfera jurídica dos indivíduos, por entender que a sociedade é um todo complexo, dinâmico e exposto a constantes alterações.

Adotar um sistema de precedentes que se pretenda absolutamente estável ocasionaria um engessamento da atividade jurisdicional, o que acarretaria uma “cristalização da jurisprudência e se deixaria de incentivar as saudáveis discussões acerca dos temas” (BERTÃO, 2016, p. 11).

Nem mesmo as técnicas de superação de precedentes afastam esse raciocínio ventilado. Isso porque, a partir do momento em que os precedentes viram teses gerais e abstratas que devem ser seguidas menos pelo seu conteúdo do que pela a autoridade que a criou, já não há mais o que distinguir e superar.

Assim, o congelamento dos entendimentos jurisprudenciais, ao lado da sua mera aplicação pelos juízes de primeiro grau, implicaria em uma impossibilidade da prestação jurisdicional adequada e condizente com as mudanças comportamentais da sociedade. Ou seja: insegurança jurídica em sentido claro, direto e objetivo.

Em síntese, o que se propugna, com essa leitura que se faz do art. 926 combinado com o art. 927, é trazer um mecanismo subsuntivo para o raciocínio por precedentes, em pleno século XXI. Com isso, passa-se a utilizar a função nomofilática como verdadeiro passaporte para um “neoexegetismo”.

Noutro dizer, a ideia de reservar aos tribunais superiores a interpretação do Direito – “como se determinados casos já estivessem solucionados pelo Direito, e outros não, que devem ser solucionados de forma criativa ou original pelos Tribunais” (STRECK, 2018, p. 55) –, juízes e tribunais ordinários se tornarão verdadeiros juízes e tribunais *boca-de-precedentes*⁷.

O modo como estão propondo, atualmente, manejar a função nomofilática se dá mediante um sistema delegativo e fracionado, no qual o STF e o STJ teriam a função de firmar a interpretação do Direito, para, depois, os juízes e tribunais simplesmente aplicá-la. Praticamente o mesmo processo fracassado e superado que se pretendeu fazer nos séculos XVIII e XIX, que tem na Escola da Exegese seu maior símbolo, em que ao legislador cabia produzir a norma, e os juízes somente serviriam como bocas dessas leis.

A autoridade do precedente, atualmente, não passa de normas gerais e abstratas de segundo escalão, com uma pretensão de buscar o real sentido da norma. Porém, como questiona Streck, “afinal, o que muda da lei para o precedente? Precedente não é texto? Ou precedente é um texto pré-interpretado? Ele já contém previamente as hipóteses de aplicação?” (STRECK, 2018, p. 32).

Fato é que decisões podem, decerto, obrigar. Cuida-se de operabilidade inexorável à construção da própria funcionalidade do sistema judicial, da sua eficiência e da busca pela duração razoável do processo.

Todavia, as decisões e os precedentes não podem obrigar simplesmente pela sua autoridade, mas sim pelo seu conteúdo. Noutro dizer, as decisões devem obrigar por coerência e integridade, conforme prescreve o art. 926, do CPC: “a jurisprudência

⁷ Parafraseando o juiz boca-da-lei (*bouche de la loi*), Lênio Streck (2018, p. 19) consigna essa expressão, relacionando-a ao raciocínio por precedentes atual, que se reporta a um verdadeiro *realismo exegetico*, mediante uma compreensão equivocada que resulta numa espécie de releitura tropical do positivismo clássico e da Escola da Exegese do século XIX.

deve ser íntegra e coerente”. O CPC não prescreveu que “as teses” ou “teses abstratas e gerais” devem ser íntegras e coerentes.

Nesse diapasão, buscaremos, a seguir, identificar as principais causas que leva(ram) a esse duplo desvirtuamento da função nomofilática.

6.2 COMPREENDENDO AS RAÍZES DO PROBLEMA

A origem do panorama acima descrito foi muito bem explicada por Dierle Nunes, Humberto Theodoro e Alexandre Bahia, em artigo intitulado “*Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro*”.

Para os autores, o precedentalismo e as interpretações normativas dele decorrentes tomam corpo e força, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, em face da busca por *efetividades quantitativas* pelo Judiciário. Explica-se.

Uma primeira perspectiva de eficiência, aqui nomeada *quantitativa*, se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (*qualitativa*) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e democráticas para a aplicação do direito. (...) Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais, *mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”* (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 21-23) (grifos nossos).

Noutras palavras, em razão dos problemas processuais atuais – dentre os quais o aumento da litigiosidade, da jurisprudência lotérica, do desrespeito aos precedentes – a saída encontrada foi a de transferir “para um *locus* superior o processo de atribuição de sentido” (STRECK, 2018, p. 39) das normas. Ou seja, cortes de vértice ou cortes de precedentes (STJ e STF).

(...) já em 1910 o Ministro Pedro Lessa denunciava o excesso de processos do STF: 900. Passam 116 anos e, em uma quinzena, este ano, o Ministro Roberto Barroso julgou 2,2 mil processos. Portanto: construamos, urgentemente, um modo de evitar que tantos processos cheguem aos tribunais. E os que chegarem, transformemo-los em “precedentes”, com respostas prontas e acabadas (desprezando-se os rigorosos pressupostos que o próprio CPC estabelece para que assim o sejam em seu conteúdo),

vinculantes para o andar de baixo. Se isso é legítimo ou constitucional? Não importa. É útil. E eficiente (STRECK, 2018, p. 39).

Imbuído nessa necessidade de obtenção de eficiência quantitativa ao invés de eficiência qualitativa, surge, no contexto atual, a tendência de criação de mecanismos de padronização decisória para a resolução quantitativa de demandas seriais. É o caso de técnicas de julgamento liminar, súmulas, repercussão geral, incidente de resolução de demandas repetitivas. São exemplos que “mostram que se busca, mediante um pressuposto exegeta, padronizar comportamentos mediante decisões-padrão que não conseguirão e não conseguem fechar o mundo nos textos” (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 21-23).

O duplo desvirtuamento também ganha força em razão da ausência de uma teoria dos precedentes para o nosso país. Isto é, o precedentalismo brasileiro assenta-se num raciocínio jusfilosófico extremamente superficial e desconectado com a real natureza deste instituto. Pretende-se uma observação de precedentes que seja automática e de forma subsuntiva, mediante a fixação de teses gerais e abstratas que desconsideram aquele raciocínio por precedentes explicado no terceiro capítulo deste trabalho.

Ou seja, o modo de interpretação dos precedentes que se quer no Brasil, à margem do que prevê a Constituição e o CPC, é equipará-lo ao raciocínio por regras, mediante uma interpretação positivista do papel do *stare decisis* no *common law*.

Porém, como visto, precedentes do *common law* não são feitos para resolver casos futuros, como se almeja no Brasil. A aplicação do precedente é contingencial, como se verá adiante. É como explica Nunes, Theodoro Jr. e Bahia:

Tal fenômeno de um “*common law* à brasileira” se dá sem a preocupação científica de consolidação de uma “teoria dos precedentes” para nosso país. Isso porque, no Brasil, a referência às súmulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem. Assim, ao se invocar certa súmula, esta é autônoma frente à discussão subjacente – diferentemente do que ocorre com os precedentes dos países de *stare decisis* (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 41).

Busca-se, através de um *locus* interpretativo específico, fixar o modo de interpretar a norma e, com isso, aumentar a velocidade de julgamento dos processos nas instâncias inferiores, mediante uma aplicação subsuntiva das teses fixadas nas Cortes Supremas ao caso concreto. Todavia, no paradigma hermenêutico, não há como resolver os problemas interpretativos com isso, porque “a norma é a norma no

caso, de modo que diante dos casos futuros ela também será texto e, portanto, novamente interpretado” (STRECK, 2018, p. 63). E isso pressupõe um novo caso, uma nova situação hermenêutica na qual o sentido se dá.

Não há lei, princípio, súmula ou jurisprudência que possam prever todas as suas situações de aplicação, toda norma (ou similar) é pensada para um certo número de situações, porém a realidade é muito mais rica/diversa e colocará novas situações que desafiam o aplicador inclusive porque causarão conflito entre aquelas normas: são dados do caso que, "complementando" as normas, darão subsídios à decisão (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 40).

Por fim, aderindo ao argumento de Theodoro Jr., Alexandre Bahia e Dierle Nunes (2010, p. 43), identificamos que o chamado “marco zero interpretativo” dos tribunais brasileiros também é causa do duplo desvirtuamento da função nomofilática.

Trata-se de um fenômeno levado a efeito pela aproximação do modelo de *common law* ao sistema romanístico brasileiro. Isto é, pressupõe-se que, no Brasil, ministros e juízes devem possuir ampla liberdade decisória, aplicando e interpretando o Direito, ora seguindo precedentes, ora afastando outros precedentes, sem que isso ocorra mediante coerência e integridade.

No entanto, em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de “anarquia interpretativa” na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do Tribunal julgam a partir de um “marco zero” interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 43).

A utilização desse marco zero interpretativo, no Brasil, se apresenta, inclusive, no manejo de súmulas e casos passados. Isso porque a mera referência a “teses” colhidas daqueles não garante maior integridade, como nos explica Dierle Nunes (2014, p. 5).

Compreendidas as razões que ensejam esse duplo desvirtuamento, cumpre agora analisar a face ideal da função nomofilática, cuja finalidade é servir como mecanismo de prevenção à insegurança jurídica no direito jurisprudencial.

6.3 A FUNÇÃO NOMOFILÁTICA COMO INDUTORA DE SEGURANÇA JURÍDICA

A função nomofilática, como já explanado em capítulos anteriores, rege a valorização dos precedentes, zelando pela uniformização da interpretação e aplicação

do Direito, para que a jurisprudência guarde em si considerável estabilidade/previsibilidade, sempre por coerência e integridade.

Nesse contexto, não há dúvida de que a função nomofilática contém, em si, fortes elementos que aprimoram e garantem a segurança jurídica. Como ensina Ravi Peixoto (2018, p. 56), um dos grandes desafios que se relaciona com a segurança jurídica é a redução da gama de possibilidades do resultado de uma decisão judicial.

Ter uma função na forma de regra que se pretenda reduzir essa indefinição ou essa falta de previsibilidade já é, por si só, uma vitória para a segurança jurídica.

Nesse sentido,

(...) essa gama de possibilidades pode ter sido reduzida por meio da estabilização de um determinado entendimento jurisprudencial. Mesmo que se admita que, a partir do momento em que se litiga, o direito material torna-se incerto, a existência de determinado jurisprudência consolidada sobre um determinado tema irá gerar confiança nos sujeitos de direito sobre aquele tema. Assim, a indeterminabilidade é reduzida, deixando de estar dirigida a uma gama de possibilidades para estar dirigida diretamente a um determinado posicionamento adotado por aquele órgão jurisdicional. E, havendo uma superação em sentido surpreendente, mesmo que a nova interpretação esteja dentro do âmbito de possibilidade dos textos normativos, a segurança jurídica pode ter sido violada (PEIXOTO, 2018, p. 65).

Porém, a efetividade desta face *ideal* da função nomofilática depende da superação do seu duplo desvirtuamento atual, que revela a face *real* que está ganhando na práxis jurídica contemporânea.

Por isso, buscaremos, a partir de agora, apontar soluções e propostas para que a face ideal da função nomofilática ganhe protagonismo. Para tanto, é prudente assentar algumas balizas teóricas essenciais para solucionar o problema descrito.

6.3.1 Premissas teóricas preliminares para assentar uma solução para o problema

Como exposto anteriormente, há uma tendência no Brasil de querer conferir única e exclusivamente às cortes superiores o papel de interpretar o Direito, e aos juízes e tribunais ordinários o de aplicar o Direito mediante a repetição das teses abstratas e gerais formadas pelos tribunais superiores (STF e STJ).

Todavia, como se pretende demonstrar a seguir, não é possível cindir interpretação e aplicação do Direito em dois momentos distintos e independentes. Trata-se, pois, do problema metodológico que envolve o duplo desvirtuamento da função nomofilática.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila a lição de Friedrich Muller, para quem a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel. Para Muller, a aplicação da norma não pode esgotar-se na interpretação de um texto. “Trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos” (MULLER, 2005, p. 26).

Aliás, a tese fixada na súmula ou no precedente também é texto, tal qual o texto da norma. Por que, então, um texto (um precedente) geraria menos problemas interpretativos que outro texto (uma lei)?

É cirúrgica a lição de Herbert Hart sobre o tema:

(...) situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação. Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que linguagem pode oferecer (HART, 2014, p. 139).

Portanto, é importante assentar essa primeira premissa teórica: não há possibilidade de fazer uma (indevida) cisão entre o ato de interpretar e ato de aplicar o Direito. Toda aplicação já é, em si, uma interpretação.

Outra premissa teórica basilar para almejarmos a superação do duplo desvirtuamento da função nomofilática é aquela que procura explicar o que configura um precedente legítimo. Como registramos, *en passant*, no segundo capítulo deste trabalho, um precedente não nasce precedente, torna-se precedente.

Por isso, é inconcebível que qualquer decisão se torne precedente só porque um tribunal ou uma lei assim o quis ou assim o definiu. A decisão judicial se torna precedente, na verdade, mediante uma atividade de reconstrução realizada pelo aplicador do Direito. Ou seja, “a atividade do aplicador do Direito é uma atividade reconstrutiva, uma atividade de interpretação das decisões judiciais com o fim de aplicá-las como precedentes na solução dos casos futuros” (DE BUSTAMANTE, 2016, p. 288-289).

Nesse contexto, a decisão judicial será aplicada como precedente a partir de uma atividade reconstrutiva. Contudo, a recepção da decisão, sua reconstrução e aplicação como precedente é competência do juiz ou tribunal subsequentes, isto é, do caso posterior.

Noutro dizer, “é o juiz ou o tribunal subsequente que, interpretando, dispõe a delimitação da *ratio decidendi* do (que virá a ser o) precedente” (STRECK, 2018, p. 115-116).

É assim que funciona nos países de *common law*. Lá, o precedente não é criado para resolver casos futuros. Lá, não se julga para vincular no futuro. É o juiz do caso posterior que analisando as características fáticas entre um caso e outro define se há precedente ou não. Portanto, a vinculação se dá de forma contingencial.

Em arremate, convém consignar a crítica que faz Streck a esse problema de natureza teórica:

(...) quando os precedentalistas descrevem o “sistema de precedentes do CPC/15” estão prescrevendo que é assim que o Código deve ser lido. Por trás de sua descrição de um “novo sistema” está a valoração: é bom que tenhamos os tais precedentes vinculantes, dizem eles. Não concordo. Teses gerais e abstratas – que, vejam, devem ser imediatamente aplicadas, inclusive a casos que tramitavam antes de firmada a jurisprudência – não me parecem satisfazer a demanda por segurança jurídica (STRECK, 2018, p. 117).

Trata-se, portanto, de uma miscelânea equivocada entre as perspectivas descritiva e prescritiva do Direito, que acaba desconsiderando uma interpretação sistemática dos dispositivos do digesto processual calcada na articulação sóbria de conceitos hermenêuticos, históricos e jusfilosóficos básicos.

6.3.2 Propostas para o manejo correto da função nomofilática

No derradeiro tópico deste capítulo, é fundamental apontar propostas de soluções para uma *melhor* interpretação e, conseqüentemente, uma *melhor* operacionalização dos vetores principiológicos insculpidos no art. 926, do CPC.

Nesse sentido, a par das pesquisas engendradas, identificamos três propostas factíveis e eficazes para enfrentar os problemas atuais apontados ao longo do capítulo. São propostas dirigidas a toda a comunidade jurídica, para que, em conjunto, possam permitir a extração do melhor que o Código de Processo Civil tem a oferecer ao direito brasileiro em termos de garantia e efetividade da segurança jurídica.

A primeira dessas propostas dirige-se, sobremaneira, à doutrina processualista pátria. Isto é, muitos dos problemas identificados ao longo deste trabalho decorrem da ausência de uma teoria dos precedentes adequada às particularidades do direito brasileiro. Essa ausência, aliás, já fora sentida por processualistas como Dierle Nunes, que assevera que

(...) vivemos um movimento invertido dos países do *common law*. Se lá se busca cada vez mais técnicas para se flexibilizar a alta estabilidade do usos dos precedentes (*stare decisis*), nós, do *civil law*, especialmente no Brasil, procuramos cada vez mais pensar em premissas para estabilizar nossa jurisprudência, em face de sua completa instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades (NUNES, 2014, p. 3).

O que se quer dizer é que, sobretudo na doutrina brasileira, faz-se necessário delinear uma teoria acurada em torno da linguagem que o Novo CPC utiliza para se reportar aos precedentes, súmulas, bem como ao direito jurisprudencial como um todo.

Com efeito, uma teoria dos precedentes que seja útil e eficaz deve, necessariamente, ser costurada à luz daquelas premissas teóricas basilares apontadas anteriormente. Isto é, precisamos definir precedentes compreendendo que não se pode dissociá-los do(s) caso(s) concreto(s) que lhes deram fundamento.

A construção de uma teoria dos precedentes consentânea às peculiaridades e especificidades do direito brasileiro é ponto de partida para uma compreensão prática e técnica do uso dos precedentes, evitando fundamentos voluntarísticos nos julgados e estimulando, cada vez mais, a definição dos limites argumentativos do caso analisado, impedindo, assim, que os operadores do Direito tratem precedentes, súmulas, ementas, etc. como se fossem normas gerais e abstratas, dissociadas dos seus fundamentos originalistas. É um passo importante, portanto, para que a estabilidade da jurisprudência se dê mediante integridade e coerência. O que, aí sim, permite que se garanta a segurança jurídica em sua melhor forma.

Uma segunda proposta para resolver os problemas apresentados relaciona-se à busca pela eficiência *qualitativa* do processo, conciliada a uma eficiência quantitativa. Ou seja, conciliar a razoável duração do processo com um julgamento fidedigno com os limites da causa, mediante uma fundamentação moldada por coerência e integridade.

O que se busca evitar, com isso, são aquelas decisões de turmas que são, na verdade, decisões monocráticas do relator, “na qual os demais julgadores do colegiado simplesmente chancelam com um superficial 'de acordo', que pode, muitas vezes, significar 'não olhei, mas acho que concordo com o relator” (NUNES, 2014, p. 6).

Com isso, portanto, quer-se uma jurisprudência estável, íntegra e coerente que seja construída mediante aproximação com os casos concretos, com análise

minuciosa de provas e fatos, e a resolução de casos a partir de casos – e não a partir de teses ou temas.

Isso porque uma decisão, sob a óptica da segurança jurídica, reclama aceitabilidade racional, que é a sua justificação externa. Para isso,

(...) há que se atentar não apenas para a qualidade dos argumentos, mas também para a própria estrutura do procedimento argumentativo que leva à decisão, de forma a garantir a igual participação dos afetados pela decisão, sem coerções (validade), a despeito da limitação de tempo (facticidade). (...) A própria noção do que seja “segurança jurídica” é redefinida como garantia às partes de um procedimento *fair*, em que não há como garantir um certo resultado, mas sim o esclarecimento discursivo das questões de forma que os destinatários da decisão tenham segurança de forma que os destinatários da decisão tenham segurança que esta não foi dada a partir de “quaisquer” razões, mas somente daquelas relevantes, no caso (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 39).

Portanto, uma decisão que se aceite racionalmente e qualitativamente vai além da rapidez do tempo para sua resolução. É preciso eficiência qualitativa. E, quando do raciocínio por precedentes, essa espécie de eficiência só é alcançada mediante coerência e integridade. E não por mera repetição de uma tese geral e abstrata que é fixada por cortes superiores.

O maior exemplo de que precedentes automaticamente vinculantes não dão eficiência ao processo está no famoso caso dos assim chamados “assentos vinculantes portugueses⁸”, utilizando-se a óptica do direito comparado.

Os assentos portugueses seriam espécies de teses gerais fixadas pelos tribunais e dotados de força obrigatória e vinculante. Este assunto chegou ao Tribunal Constitucional Português, o qual, através do acórdão 810/83, banuiu a utilização dos assentos. E, registre-se, nem por isso o direito processual português tornou-se quantitativa ou qualitativamente ineficaz.

Por fim, uma última proposta que é aqui trazida diz respeito à necessidade de se fazer uma leitura íntegra e sistemática do CPC. Isto é, compreender que o NCPC abre portas para que se adote uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática, quando observados, em conjunto, os ditames de outros artigos. Ou seja, cumprir com fidelidade a lei e a Constituição, que se traduz no seguinte excerto de Lenio Streck:

⁸ O acórdão do Tribunal Constitucional Português que declarou a inconstitucionalidade dos assentos foi obtido em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/download/932/pdf_5>. Acesso em 06 ago 2018.

Obedecer à não-surpresa, à coerência e integridade, cumprir o art. 371 – salientando que foi expungido o livre convencimento –, cumprir à risca o art. 489 e entender que o artigo 927 traz provimentos com força obrigatória, mas é o juiz do caso posterior quem assim determina, conforme as características fáticas do caso concreto, se aqueles provimentos deverão ser utilizados para a resolução da causa (STRECK, 2018, p. 114).

Com isso, abre-se caminho para que a função nomofilática cumpra o seu devido papel e para que não seja relegada à mera perfumaria ou palavras de enfeite no Código de Processo Civil. Os deveres de obediência e integridade, devidamente compreendidos e aplicados, permitem a construção de um ambiente garantidor de isonomia judicial, de eficiência processual e, sobretudo, de segurança jurídica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova tessitura processual brasileira, inaugurada, sobretudo, por meio do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), conferiu ao precedente judicial um protagonismo substancial perante a aplicação e interpretação do ordenamento jurídico.

Com efeito, o presente trabalho buscou, preliminarmente, enquadrar o papel do precedente judicial no processo de nomogênese, de modo que, à luz da teoria dogmática das fontes e de análise panorâmica acerca dos sistemas jurídicos atualmente prevalentes – o romanístico (*civil law*) e o anglo-saxão (*common law*) –, foi possível concluir que os precedentes não podem ser equiparados à lei, como fonte formal primária do Direito. No entanto, não se pode desconsiderar a envergadura de suas atribuições na aplicação, integração e interpretação do direito pátrio. Cuida-se, portanto, de lúdima fonte indireta do Direito, que ora se comporta como fonte interpretativa, ora como fonte suplementar.

Ademais, analisando a doutrina do precedente judicial à luz da linguagem do Novo Código de Processo Civil, percebeu-se que o referido digesto processual dimensiona um raciocínio jurídico contrafático com o intuito de aperfeiçoar a eficiência qualitativa dos precedentes na operabilidade do Direito.

O CPC/15 estrutura, ainda, um modelo dogmático para a gênese do precedente judicial, buscando, com isso, minar a superficialidade da fundamentação das decisões que, muitas vezes, encontram-se dissociadas do contexto fático do Direito. Para tanto, é preciso que doutrina e jurisprudência atentem para os elementos tipológicos ínsitos ao raciocínio por precedentes, isto é, a ideia de *atos operativos* – ou materiais, que devem ser necessário e suficientes, e que não se confundem com os fatos da vida; de *ratio decidendi* – conceito descritivo-prescritivo que pode ser encontrado sob múltiplas formas no âmago de um precedente; e de *argumentação por princípios* – que busca garantir a integridade e a coerência, de modo a ventilar o *pedigree* histórico de cada precedente, permitindo uma conjugação eficaz, íntegra e coerente entre a bojo subjetivo do caso concreto e a estrutura objetiva do texto normativo.

Ainda no contexto da linguagem do CPC/15, apontou-se para uma novidade legislativa pouco considerada pela doutrina e jurisprudência: a função nomofilática, cuja previsão encontra-se no *caput* do art. 926 daquele diploma normativo. Após breve incurso histórico em torno da evolução do seu significado – que se organizou sob as

formas de *nomofilaquia tradicional* ou *formalista*, *nomofilaquia tendencial* ou *dialética*, até chegar ao seu modelo atual, a *nomofilaquia interpretativa* –, foi possível verificar que esta função, da qual se extrai um dimensionamento vertical (entre os tribunais e os juízes hierarquicamente inferiores) e um dimensionamento horizontal (entre os próprios tribunais), preconiza a necessidade de respeito à estabilidade da jurisprudência, cuja aplicação – que pode se dar pela sua replicação (*following*), restrição (*narrow*), extensão (*extend* ou *widen*), distinção (*distinguish*) ou pela sua superação (*overruling*) – deve ser orientada pelos vetores principiológicos da coerência e integridade.

Nesse sentido, observou-se que a coerência é um conceito intercambiável, que se manifesta quando os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões anteriores o forem para casos idênticos. Ela, portanto, busca garantir a igualdade. Porém, não basta coerência, pois um tribunal pode decidir coerentemente, só que de forma equivocada. Daí a necessidade de invocar a *integridade*, que visa interromper a continuidade de uma coerência equivocada. O vetor principiológico da integridade, portanto, pressupõe a conjugação entre legalidade e constitucionalidade, isto é, que os juízes e tribunais construam argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, visando coibir arbitrariedades e combater um quadro de anarquia interpretativa.

Não obstante a envergadura da função nomofilática no contexto do raciocínio por precedentes, percebeu-se que a *mens legis* do art. 926 é infligida por um duplo desvirtuamento, que ora desconsidera totalmente os termos do aludido artigo, ora promove uma interpretação literal que contribui para o engessamento da jurisprudência e impedimento da interpretação dos tribunais e juízes ordinários.

Isso porque esse duplo desvirtuamento nasce de uma preferência, no judiciário brasileiro, pela eficiência *quantitativa* do processo, em detrimento de uma eficiência *qualitativa*. Busca-se, no Brasil, delegar aos tribunais superiores a interpretação do Direito, que se faz através dos provimentos indicados no art. 927, do CPC/15. Aos tribunais e juízes ordinários, por seu turno, caberia apenas aplicar o Direito que vem interpretado pelas cortes de cima.

Trata-se, na verdade, de uma pujante contrafação da função nomofilática, que é piorada ante a ausência de uma teoria dos precedentes devidamente adequada às peculiaridades do direito brasileiro.

Por isso, conclui-se que um raciocínio por precedentes dissociado de elementos jusfilosóficos e hermenêuticos básicos viola a segurança jurídica. Para tanto, é preciso esmiuçar o real papel da função nomofilática, que deve ser levado a efeito através de balizas teóricas essenciais. Primeiro, compreender que não é possível haver cisão entre o momento de aplicação e o momento da interpretação do Direito. Isso porque a norma é a norma do caso, de modo que diante dos casos futuros o precedente também será texto e também deverá ser interpretado. Segundo, é necessário atentar para a ideia de precedente. O precedente não nasce precedente. Na realidade, ele se torna precedente pela decisão do juiz do caso posterior que, interpretando-o, coligindo os fatos operativos e delimitando a *ratio decidendi*, indica se há ou não precedente a ser aplicado naquele caso concreto em análise. Ou seja, trata-se de uma atividade reconstrutiva, cuja reconstrução e aplicação de algo como precedente é competência do juiz ou tribunal subsequentes.

Ante o exposto, é possível deduzir que a proposta do presente trabalho não foi a de esgotar a temática do precedente judicial ou das fontes do direito, nem de redigir um tratado sobre segurança jurídica. O que esta monografia propôs foi dissecar a linguagem que o novo CPC inaugurou sobre os precedentes judiciais para, através dela, criticar determinadas situações que estão se tornando comum no Direito Jurisprudencial e, a partir da argumentação que foi engendrada, apontar caminhos e soluções garantidores da segurança jurídica.

Tudo isso foi feito, repise-se, em homenagem à segurança do ordenamento jurídico. Para que serve criticar uma determinada forma de aplicação de precedentes senão para proteger a efetividade do princípio da segurança jurídica no bojo do Direito Jurisprudencial? Qual o interesse em buscar promover uma releitura da função nomofilática senão para indicar que esta função – se bem compreendida – é um importante instrumento de indução de segurança jurídica?

Por fim, é prudente e necessário assentar que este trabalho busca ecoar, na sua essência, um brado a favor da atividade interpretativa no Direito, que considera que a interpretação já começa desde o momento em que o advogado protocola sua petição inicial. E, nesse contexto, as teses e temas oriundos do direito jurisprudencial só se prestam a dar as respostas corretas quando analisados através de uma engrenagem hermenêutica alicerçada na coerência e integridade da função nomofilática. Não existe Direito sem interpretação.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patricia. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 28 out 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em 15 dez 2018.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da Stare Decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro. **Revista de Processo**, ano. 41. n. 253. São Paulo: Ed. RT, mar. 2016.

COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de Prova em Recurso Especial: a Súmula 7 do STJ**. Brasília: Thesaurus, 2008

DE BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales**. Lima: Legales, 2016

DESTEFENNI, Marcos. A Linguagem do Novo CPC: a função nomofilática. **Estado de Direito**. São Paulo, 10 jun 2015. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/a-linguagem-do-novo-cpc-a-funcao-nomofilatica/>>. Acesso em: 28 nov 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 2**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 4** / Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. 12 ed., Salvador: JusPodivm, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMETZ, Giannmarco. Indici di incertezza del diritto. **Diritto & Questione Pubbliche**, n. 12, 2012, disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2012_n12/stu_04-Gometz.pdf> Acesso em: 25 jun 2018.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 2ª Tiragem, 2012.

THEODORO JR., Humberto et. al. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise de

convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, ano. 35. n. 189. São Paulo: Ed. RT, nov. 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Fundação Calouste, 2009.

LUNELLI, Guilherme. Cortes nomofiláticas e a superação de seus precedentes: contribuições da doutrina de J.W. Harris à realidade brasileira. **Revista Em Tempo**. Ano 2013. Vol. 12. Marília, ago 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 6ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle. É preciso repensar o modo como os tribunais vêm atuando. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 11 jun 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-11/dierle-nunes-preciso-repensar-modo-tribunais-atuam>>. Acesso em: 15 set 2018.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. Doutrina do precedente judicial – fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil. In: **Instituto Brasileiro de Direito Processual**; SCARPINELLA BUENO, Cassio. (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2015. P. 9-58. (Sistema de Educação Continuada a distância, v. 2).

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PORTELA, João Filho de Almeida. **O Precedente Obrigatório e o Dilema entre Garantias Constitucionais e a Estandartização do Direito**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. 12ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. A importância do Superior Tribunal de Justiça no novo sistema de precedentes vinculantes. **Revista CEJ**. Ano. XXI. n. 71. Brasília: abr 2017.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: **Harvard University Press**, 2012.

SILVA, Rodrigo da. **Guia politicamente incorreto da política brasileira**. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz et. al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (org.). **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil – coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 ago 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 12 set 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 dez 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 15 set 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

TORRANO, Bruno. STRECK, Lenio Luiz. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 26 set 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>>. Acesso em: 15 set 2018.

VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. BURGOS, Marcelo Bauman. **Quem somos – A Magistratura que queremos**. Rio de Janeiro, novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>> Acesso em 17 fev 2019.

WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo – 2ª ed., rev., atual. e ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.